

U.P.R

U.T.C

**UNIVERSIDAD DE PINAR DEL RÍO
"HERMANOS SAÍZ MONTES DE OCA"
FACULTAD DE CIENCIAS SOCIALES Y HUMANÍSTICAS**

**UNIVERSIDAD TÉCNICA DE COTOPAXI.
CARRERA DE CIENCIAS ADMINISTRATIVAS
HUMANÍSTICAS Y DEL HOMBRE**



Tesis para optar por el Grado de Abogado de los
Tribunales y Juzgados de la República del Ecuador.

TÍTULO

**“LA RESPONSABILIDAD PENAL DERIVADA DE LA ACTUACIÓN MÉDICA:
VALORACIÓN TEÓRICA - NORMATIVA DE LA INSTITUCIÓN”**

AUTORES:

Carmen Cecilia Jacho Cajas
Mario Washington Oña Chicaiza

TUTORA:

Esp. Liyanis Santana Santana

Pinar del Río - Cuba

2009-2010

“Año 52 de la Revolución”

DECLARACIÓN DE AUTORÍA

Declaramos que somos los autores de este trabajo de Tesis para optar por el Grado de Abogado de los Tribunales y Juzgados de la República del Ecuador, y autorizamos a la Universidad de Pinar del Río "Hermanos Saíz Montes de Oca" a la Facultad de Ciencias Sociales y Humanísticas y al Departamento de Derecho, y a la Universidad Técnica de Cotopaxi, Carrera de Ciencias Administrativas, Humanísticas y del Hombre para que hagan el uso que consideren pertinente del mismo.

Para que así conste, firmamos la presente a los _____ días del mes de _____ del año 2010.

Carmen Cecilia Jacho Cajas
Autora

Mario Washington Oña Chicaiza
Autor

Esp. Liyanis Santana Santana
Tutora

Esp. Liyanis Santana Santana.

Docente de la Carrera de Derecho Penal.

CERTIFICO

Haber revisado sucinta y prolijamente el informe final de la investigación denominada, “LA RESPONSABILIDAD PENAL DERIVADA DE LA ACTUACIÓN MÉDICA: VALORACIÓN TEÓRICA - NORMATIVA DE LA INSTITUCIÓN”, de la autoría de los postulantes, Carmen Cecilia Jacho Cajas y Mario Washington Oña Chicaiza.

Por lo que autorizo su presentación al haber cumplido con los requerimientos académicos y reglamentarios de la institución.

Esp. Liyanis Santana Santana.

TUTORA DE TESIS

PÁGINA DE ACEPTACIÓN

UNIVERSIDAD DE PINAR DEL RÍO "HERMANOS SAÍZ MONTES DE OCA" FACULTAD DE CIENCIAS SOCIALES Y HUMANÍSTICAS

Luego de estudiada la exposición del los postulantes Carmen Cecilia Jacho Cajas y Mario Washington Oña Chicaiza, así como la opinión de la tutora y la oponente del presente trabajo de diploma, el tribunal emite la calificación de _____ puntos.

Presidente del Tribunal

Secretario

Vocal

Dado en la Universidad de Pinar del Río "Hermanos Saíz Montes de Oca", a los 05 días del mes de Abril del 2010.

Dedicatoria

Dedico este trabajo a mis Padres, a quienes les debo mi vida, gracias por haberme enseñado la luz que guía permanentemente mi vida. A mi otro yo, por su apoyo incondicional y solidario durante la consecución de esta meta. A todas las personas que de una u otra forma me brindaron su apoyo...

Agradecimiento

Dejo constancia de mi profundo agradecimiento:

- ❖ *A Dios por brindarme todo lo que tengo y ser todo lo que soy.*
- ❖ *A mis padres, solo le pido a Dios que me permita dedicarles y agradecerles a ellos toda la obra que pueda brotar de mis manos.*
- ❖ *A mis hermanos, por ser eso mis hermanos, y compartir buenos momentos.*
- ❖ *A mi otro yo, por su apoyo incondicional, solidario, y entrega del amor más puro que pueda existir.*
- ❖ *A mi otra familia.*
- ❖ *A toda mi gran familia, los que están y los que no están hoy para agradecerles pero que siempre se encuentran en mi corazón.*
- ❖ *A la “Universidad Técnica de Cotopaxi” por ser la protagonista en la formación de profesionales en la Carrera de Derecho.*
- ❖ *A la Universidad de Pinar del Río "Hermanos Saíz Montes de Oca" – Cuba – por darnos la posibilidad de compartir nuevas experiencias y conocimientos permitiéndonos cumplir con nuestra meta propuesta.*
- ❖ *A mi tutora: Liyanis Santana Santana, por su apoyo y esfuerzo por lograr que todo salga bien.*
- ❖ *A todos mis profesores que me han sabido enseñar lo desconocido, y por guiarme por el mejor camino en este complejo mundo del saber.*
- ❖ *A todos mis compañeros, todo un orgullo para mí.*

❖ *Desde lo más profundo de mi corazón a todos gracias...*

Pensamiento

“Aunque es humano errar, es inhumano no tratar si es posible, de proteger de fallas evitable y peligros a aquellos que confían sus vidas en nuestras manos”

Cirujano: Max Thorek,

1880-1960

ÍNDICE

Portada.....	I
Dedicatoria	V
Agradecimiento	VI
Índice	VIII
Introducción	- 1 -
CAPÍTULO I.....	- 5 -
1. Fundamentación de los presupuestos históricos – jurídicos de la responsabilidad médica.....	- 5 -
1.1. Antecedentes históricos de la responsabilidad médica.	- 5 -
1.2. Bioética y Derecho Médico.	- 10 -
1.3. El acto y la obligación médicos: valoración técnica desde su lex artis.	- 14 -
1.4. La responsabilidad médica: aristas técnico - jurídicas.....	- 19 -
1.5. Límites de la responsabilidad profesional del médico.....	- 25 -
CAPÍTULO II.....	- 27 -
2. Valoración técnico - legislativa de la responsabilidad penal médica.....	- 27 -
2.1 Elementos que integran la responsabilidad médica.	- 27 -
2.1.1. La obligación preexistente.....	- 27 -
2.1.2. La relación médico – paciente.	- 27 -
2.1.3. Perjuicio ocasionado.	- 29 -
2.1.4. Relación de causalidad entre la falta cometida y el perjuicio ocasionado.	- 30 -
2.2. Principales circunstancias de la responsabilidad médica.	- 31 -
2.2.1. La Negligencia médica.	- 36 -
2.2.2. La imprudencia médica.....	- 37 -
2.2.3. La impericia médica.	- 40 -
2.2. 4. La inobservancia de los reglamentos.....	- 42 -
2.3. Supuestos que no determinan responsabilidad penal médica.	- 43 -
2.3.1. Error médico: valoración jurídica.	- 43 -

2.3.2. La latrogenia.....	- 49 -
2.4. Figuras penales signadas por la actuación médica: consideraciones técnico-jurídicas.	- 51 -
2.4.1. El consentimiento informado.....	- 52 -
2.4.2. Consideraciones finales del capítulo.	- 55 -
Conclusiones.....	- 58 -
Recomendaciones.....	- 59 -
Bibliografía.....	- 60 -
Bibliografía consultada en internet.	- 63 -
Legislación.	- 64 -

Introducción

El mundo asiste hoy a un incremento notorio de la litigiosidad en sede penal con relación a la actuación médica y la responsabilidad derivada de esta, avivando las más encendidas controversias si de creación de nuevos tipos penales se trata y en los que los galenos desde su actuación, aportan las características configuradoras de la noción delictiva.

El médico en su actuar describe una serie de conductas que generan responsabilidad, ya que él no es inexpugnable ante las leyes, y mucho más cuando los intereses que están en juego son la salud, la integridad física y la vida del hombre en general.

A lo anterior se le añade, como parte de la complejidad que asume tal tema hoy, la bifurcación doctrinal con relación a las conductas cuasidelictivas y su diferenciación de las propiamente delictivas.

Es oportuno significar que el instituto que nos ocupa, pese a los esfuerzos investigativos a los que hoy convoca, tiene antecedentes históricos muy remotos, tanto así que desde la antigüedad se demandaba del “curador” o médico - según el caso la sanidad completa del enfermo.

No es hasta la aparición del Estado, como derivación clasista por excelencia, que el tema que abordamos comienza a sustentarse en estudios y análisis técnico - jurídico, incompleto hasta hoy, o como mínimo, susceptibles de tratamientos más agudos y novedosos.

Sin dudas, la convocatoria mayor del tema reside en la diferenciación de las conductas profesionales de las que se deriva responsabilidad, de aquellos comportamientos profesionales, que aunque generen algún tipo de daño al paciente o la familia, no determinan obligación de responder profesional ni legalmente, así como en la previsión normativa del instituto.

Para la presente investigación, nos propusimos el siguiente diseño metodológico:

Tema

La responsabilidad penal médica.

Título

La responsabilidad penal derivada de la actuación médica: valoración teórica - normativa de la institución.

Problema científico

Necesidad de valorar los supuestos técnico - legislativos que determinan la responsabilidad penal médica.

Objeto de investigación

La responsabilidad penal médica.

Objetivo general

Determinar la responsabilidad penal derivada de las actuaciones médicas

Objetivos específicos

- ✓ Fundamentar los presupuestos históricos – jurídicos de la responsabilidad médica.
- ✓ Valoración de los supuestos que determinan responsabilidad penal médica desde el análisis de la mal praxis y las nuevas tendencias tipificadoras.

PREGUNTAS CIENTÍFICAS

- ✓ ¿Cuál es la fundamentación de los presupuestos históricos y jurídicos de la responsabilidad médica?
- ✓ ¿Cuáles los supuestos técnico- legislativos que determinan la responsabilidad penal médica?

Métodos y técnicas de investigación.

Método teórico jurídico: Este método de investigación debe utilizarse durante todo el esfuerzo investigativo de la misma, toda vez que generalmente se emplea en trabajos teóricos como el que a continuación se presenta. Este método le permite al investigador el análisis de categorías e instituciones de orden jurídico que necesitan ser identificadas y explicadas porque serán un referente constante e insoslayable para la estructuración de la investigación.

Método de análisis histórico: El método de análisis histórico resulta igualmente indispensable para investigaciones teórico - doctrinales por tener la propiedad de enfocar y analizar el fenómeno con una perspectiva histórica, lo cual supone el abordamiento de su génesis, atravesando el tracto evolutivo que nos colocará de cara a la institución de la responsabilidad penal del médico tal cual se devela en la actualidad.

Método jurídico comparado: Este método aporta la posibilidad de valorar institutos, principios, normas jurídicas desde el análisis de otros sistemas legales, lo cual contribuye a la formación de un criterio científico culturalmente más amplio y sólido.

Técnicas

Las técnicas de investigación, junto a los métodos elegidos para investigar científicamente, soportan la búsqueda de información, aportando coherencia y

organicidad a esta. La técnica utilizada por los autores es la conocida por análisis de documentos, toda vez que se revisó material teórico, legal, filosófico e histórico.

La investigación se dividió en dos capítulos: el primero de estos se reservó para la fundamentación de la responsabilidad jurídica penal del médico desde el análisis de sus antecedentes histórico - filosóficos, y el segundo se dedicó al estudio armónico de los presupuestos técnico - legislativos que informan la responsabilidad penal del médico.

En estricta concordancia con el problema científico planteado y los objetivos que informan esta investigación, se obtendrán los *resultados* siguientes:

- ✓ Fundamentación de la evolución histórico- filosófica del instituto de la responsabilidad jurídico- penal del médico.
- ✓ Valoración de los supuestos técnico- legislativos que determinan la responsabilidad penal médica.

CAPÍTULO I

1. Fundamentación de los presupuestos históricos – jurídicos de la responsabilidad médica.

1.1. Antecedentes históricos de la responsabilidad médica.

Desde la presencia misma del hombre sobre la Tierra y de su conciencia como tal, ha existido el interés de conocer los males que le afectan y en manos de algunos ha estado solucionarlos, teniendo que responder ante quienes les han confiado su salud por los daños provocados. El ejercicio de este arte estuvo inicialmente vinculado a la magia y la hechicería y el fundamento de dicha responsabilidad partía de un análisis simplista: siendo este hombre experto en el arte mágico de curar, se pensaba que su actuar solía manifestarse de dos formas opuestas: o bien haciendo desaparecer el hechizo o causando un mal utilizando sus poderes mágicos. Este “hombre de la medicina” - como lo llamaban los indios norteamericanos - debía cumplir determinados deberes y su incumplimiento conllevaba un castigo; sin embargo, la responsabilidad médica en esta primera etapa se manifiesta espontáneamente sin fundamento clasista ni argumentación teórica.

En la antigüedad los “shamanes” quienes eran los líderes de las tribus en Siberia, ejercían diversos oficios, pero sus primordiales ocupaciones fueron las de médicos y sacerdotes y con el decursar de los años devino médico - sacerdote sin funciones políticas, lo que revela, por primera vez en la historia, la preocupación de la sociedad por la salud de sus miembros.

En las sociedades esclavistas del Oriente (China, India, Egipto y Mesopotamia) el ejercicio de la medicina, y su consecuente regulación estatal, guardaban estricta conexión con el sistema político - económico que la engendró y es esta la explicación (no-justificación) del por qué estos códigos penaban con muerte un error cometido al tratar de curar un jefe guerrero y en el caso de un esclavo sólo había que pagar o sustituirlo por otro. El Código de

Hammurabi¹ revela que ya en el 1700 a.n.e. (y mucho antes) se vislumbraban las primeras regulaciones estatales que tenían por objeto proteger la salud del enfermo. Entonces se castigaban muchas conductas aplicando la Ley del Tali3n y los m3dicos no escaparon a sanciones ins3litas como la amputaci3n de miembros: "...al m3dico (cirujano) que efect3e con el cuchillo de bronce (de operaciones) una herida grave a un hombre y lo haga morir, o que con el cuchillo abra un tumor del ojo y destruya el ojo se le cortar3n las manos"; sin embargo, se advierte una atenuaci3n notable si se trataba de un esclavo: "...el m3dico que opere con el cuchillo al esclavo y le provoque la muerte, restituir3 el esclavo por esclavo. Si le abre un tumor del ojo con el cuchillo, pagar3 la mitad del precio del esclavo".

En Grecia fueron frecuentes las sanciones aplicadas a los m3dicos. Cuenta Plutarco que Hefesti3n, uno de sus dos grandes amigos, enferm3 con fiebre cierto d3a y que Glaucus – m3dico de este- lo abandon3 para ir al teatro y finalmente muri3, siendo Glaucus condenado a morir crucificado por Alejandro. Durante la edad de oro de la democratizaci3n de la sociedad griega aparece la figura de Hip3crates, m3dico que vivi3 entre los a3os 460 y 377 a.n.e y a quien se considera el padre de la Medicina y su Juramento² dota de un contenido 3tico a la profesi3n m3dica al relacionarla con el principio "*primun non nocere*" (no hacer da3o).

En los primeros tiempos de Roma, la pr3ctica m3dica era libre pero ejercida de manera emp3rica y no fue hasta la 3poca de Galeno de P3rgamo, digno sucesor de Hip3crates, que ejerci3 en Roma su profesi3n entre los a3os 150 al 200 despu3s de Jesucristo, cuando aparece por primera vez expuesta de manera resuelta en el derecho romano, la cuesti3n profesional del m3dico que hab3a suscitado hac3a mucho tiempo las m3s vivas controversias. Para los

¹ Vid., *Formaci3n en responsabilidad profesional*. <http://www.aeds.org/responsa1.htm>.

²Vid. DOBLER L3PEZ, Irving F., *La responsabilidad en el ejercicio m3dico*, Editorial El Manual Moderno, M3xico, 1999, pp. 77- 78.

jurisconsultos romanos el problema de la responsabilidad médica alcanzó perfiles más elevados, pues al realizarse la diferenciación entre los grados de la culpa³, la misma fue de perfecta aplicación para los médicos. Para los albores del imperio romano estaban definidos claramente los supuestos por los cuales debía responder el médico, circunscribiéndolos a los casos en que hubo negligencia e impericia y la acción del magistrado generalmente terminaba con una reparación civil.

Las leyes romanas, según Montesquieu, pretendían castigar a los médicos por su impericia por considerarla móvil de culpa (*imperitia culpa annmeratur*) o por su negligencia, regulación esta que alcanza su máxima precisión en el Digesto: “*Sicut medica imputare mortalitatis eventus non debet ita quod per imperitia comnisist, imputare el debet*”⁴, esto es: “Así como la maldad no debe presuponerse en el médico, el que delinquire por imprudencia o impericia debe ser imputado”.

El primer registro de un juicio, mundialmente conocido, iniciado a un médico data de 1825 cuando en Francia el doctor Helié amputó ambos brazos al feto para facilitar su expulsión, condenándolo el Juez por actuar sin prudencia y con una precipitación increíble. Recién en 1832 se produce el segundo juicio contra un médico, al doctor Thouret Noroy en donde el fiscal Dupin produjo, por su valor histórico y jurídico, la más importante pieza judicial que se conoció en esta materia: “el médico como profesional cae en las obligaciones del Derecho común, siendo responsable por los daños que pueda producir su negligencia,

³ Se definió la culpa en el Derecho Romano como, la falta de diligencia necesaria, imputable al deudor, y que provoca el incumplimiento de la obligación. Se distinguió, además entre culpa lata o grave y culpa leve, y esta última a su vez en culpa leve en abstracto y culpa leve en concreto. Ulpiano definió la culpa lata o grave como la gran negligencia, es decir, no comprender lo que todos comprenden. Este tipo de culpa casi se asimiló al dolo, solo separándose por el elemento volitivo o sea la intención. La culpa leve en abstracto será aquella en la que no incurre un buen padre de familia y más tarde su atenuación hizo surgir la culpa leve en concreto, entendiendo por tal aquella que consistía en no poner en las cosas la diligencia que pondríamos en nuestros propios asuntos. *Vid.*, FERNÁNDEZ BULTÉ, Julio, Delio Carreras Cuevas y Rosa María Yáñez, *Manual de Derecho Romano*, Empresa Especialidades Gráficas, 2002, p.146.

⁴MOSSET ITURRASPE, Jorge. *Responsabilidad civil del médico. Seguros y responsabilidad civil*, 1ª Reimpresión, Editorial ASTREA, Buenos Aires, 1985, p. 65.

ligereza, o ignorancia inexcusable de cosas que necesariamente debe saber. Los tribunales no deben entrar a analizar cuestiones técnicas que estén aún en discusión entre los médicos, pero sí la aplicación de conocimientos y normas elementales en la práctica de la medicina. Los tribunales deben ser prudentes dejando a la ciencia por un lado y a la justicia y al derecho por el otro, todo lo que les pertenece”.

El primer proceso por responsabilidad médica en América acaeció en la ciudad de Córdoba, Argentina, en 1598 entre el 26 y 27 de julio y fue iniciado por un comerciante español llamado Valenzuela quien se presenta ante el Capitán y Gobernador de Córdoba denunciando que un licenciado, Téllez de Rojo, le había tratado nueve de sus esclavos por estar enfermos y cinco de estos habían fallecido. Valenzuela exigía que se le indemnizara por la muerte de cada esclavo, alegando que había sido culpa suya el fallecimiento de todos estos porque en lugar de darles calor, como necesitaban sus patologías por tener un dolor y punzada de costado (según se piensa pudo haber sido algún problema pulmonar, pleural o neumopatía), les había dado frío y prescrito que les hicieran dos sangrías por días. Este comerciante demandaba además que el otro mostrase su título habilitante para ejercer la medicina.

A su vez, el español contesta con una contrademanda en la que solicita al Capitán y Gobernador que intimara a Valenzuela a que le pagara los honorarios (que no lo había hecho) por atenderle bien, como dio a probar, a los esclavos. Es decir, que estamos también ante el primer juicio por cobro de honorarios médicos en América. Este médico con fundamentos aún válidos, y retomados por el fiscal Dupin cuando en 1830 dice en aquel memorable caso francés que los médicos y cirujanos no son infinitamente responsables pero a veces lo son y que no puede decirse que lo sean siempre, pero tampoco puede negarse que lo sean jamás, alega: “...*el médico no está obligado a resarcir perjuicio si no es cuando maliciosamente mata a una persona*”.

Este caso resulta muy interesante porque demuestra que tenemos antecedentes que son muy anteriores a los casos franceses del siglo XIX y a los que por ejemplo, Laccasagne y Pedro Mata en sus libros de Medicina Legal relatan como ocurridos en los siglos XVII y XVIII en Burdeos, Estrasburgo, París, Lyon y otras ciudades.

La responsabilidad profesional del médico en el capitalismo está relacionada necesariamente con el carácter mercantilista de esta sociedad donde el servicio médico se compra y se vende. En la mayoría de los Códigos Penales, con excepción de los de España y América Latina en los que se incluyen taxativamente entre las causas de justificación el ejercicio de una profesión, cargo u oficio, se guarda silencio sobre la intervención médica. Esto ha llevado a considerar a los teóricos del Derecho, comenzando por Carrara, Von Litz hasta Jiménez de Azua, que la responsabilidad médica es una de las situaciones legítimas que el legislador no ha previsto de manera explícita. Por esta razón, en los tratados de Derecho Penal dedican especial atención a la responsabilidad del cirujano y después de analizar los elementos de tipicidad, arriban a la conclusión de la inexistencia del delito dentro del actuar médico sobre la única base de que el cirujano no mata ni lesiona, sino opera porque su actuar es lícito y esto impide que de este pueda derivarse conducta punible.

Como puede apreciarse, la doctrina burguesa ha logrado dar cobertura legal ante posibles lesiones que sobrevienen como resultado de la impericia y la negligencia del médico durante el cumplimiento de su obligación.

Vistos estos antecedentes históricos, puede afirmarse que la responsabilidad médica es una variante y parte de la responsabilidad profesional y según la clásica definición de Laccasagne es: *“la obligación a que están sujetos los médicos de sufrir las consecuencias de ciertas faltas por ellos cometidas en el ejercicio de su arte y que puede originar una doble acción: civil y penal”*. Nos parece pertinente agregar a tal concepto que esta acción puede verificarse también en el ámbito de lo administrativo.

1.2. Bioética y Derecho Médico.

La moral es una de las formas de la conciencia social, expresión de la superestructura y por tanto, reflejo de las condiciones de la base económica, lo que la dota de mutabilidad constante. El estudio de la moral forma parte de una ciencia particular conocida como Ética y formulada como tal desde el siglo VI a.n.e. por el filósofo griego Aristóteles⁵. En el caso del ejercicio de la Medicina aparecen regulaciones desde el Código babilónico de Hammurabi y reaparecieron en la Grecia antigua en el Juramento y Aforismos de Hipócrates.

La Ética Médica tradicional se ha basado en dos principios paradigmáticos: “*no dañar*” y “*hacer el bien*”, los cuales han sido exigidos a lo largo de los años a los médicos en el ejercicio de su profesión y a partir de finales del siglo XIX se ha hecho extensivo su cumplimiento a todos los profesionales de la salud.

La Ética constituye una técnica de la perfección humana y los actos que tiendan hacia ese fin son actos o medios buenos, los que de él se alejan son actos o medios malos e implican gran repercusión porque al incurrirse en ellos, más aún por parte del médico, se tiene que responder, bien sea, civil, penal o administrativamente según se verifique la magnitud de la anti juridicidad y peligrosidad social del hecho cometido.

Al analizar el surgimiento de la Bioética podemos encontrar sus antecedentes más remotos en los crímenes de guerra cometidos por los nazis durante la Segunda Guerra Mundial cuando realizaban experimentos directamente en humanos, es decir, con prisioneros de guerra. A finales de la década de los sesenta y principios de los setenta, el incremento de las crisis cíclicas del Capitalismo por aumento desmedido de la producción y disminución del consumo, el exceso de liquidez, unido a muchas otras consideraciones, conforman el contexto en el que el médico oncólogo norteamericano Van Rensselaer Potter obligado a enfrentar la creciente deshumanización en el trato

⁵Vid. COLECTIVO DE AUTORES. *Lecciones de Filosofía Marxista -Leninista*. T- II. Editorial Félix Varela. La Habana, 2005. Pág. 342.

con pacientes en estado terminal de cáncer, comienza a reflexionar sobre los efectos del impulso del desarrollo científico – técnico en el paciente. Así, Potter elabora su teoría acerca de una nueva disciplina, la Bioética, para estudiar justamente todos los problemas morales surgidos al calor del desarrollo científico y que no solamente abarca al hombre sano o enfermo sino a todos los seres vivos que tienen relación con la mejor calidad de vida en el hombre.

Con los aportes de varios estudiosos de la obra de Potter, filósofos y juristas especialmente, han brindado nuevas reflexiones, enfoques y conceptualizaciones. A los principios tradicionales de la Ética médica, la Bioética añade dos nuevos principios: *la autonomía* (del paciente) y *la justicia*⁶.

La primera se define como la aceptación del enfermo como un agente moral responsable y libre de tomar decisiones, mientras que el principio de justicia en el marco de atención a la salud se refiere generalmente a lo que filosóficamente se denomina “justicia distributiva” y significa dar a cada cual lo propio, lo necesario, lo merecido, categorías todas que variarán de acuerdo al proyecto social del modelo económico que impere en la sociedad.

Cuando se polemiza sobre los inicios de la Bioética, es relativamente frecuente presentarla como una superación de la Deontología. Dentro de esta última, derivada del griego “ontos” (deber) y “logos” (estudio, tratado), es decir, ciencia de los deberes, que además ha absorbido a la Diceología (estudio de los derechos), convirtiéndose así en el estudio de los derechos y los deberes, encontramos la Deontología Médica que consiste en el estudio de las obligaciones y los derechos del profesional del arte de curar. Suele presentarse también a los principios de autonomía y justicia como la defensa de los pacientes frente al principio de beneficencia que se erige como paradigma de un viejo y nefasto paternalismo médico, siendo este una actitud que bajo la excusa de proteger anula la voluntad de los pacientes.

⁶ Vid., PÉREZ GONZÁLEZ, Ernesto y FERRER MARRERO, Daysi, *Manual de Prácticas Clínicas para la atención... en la adolescencia, Capítulo III*, publicado en: <http://bvs.sld.cu>.

La Bioética existe desde hace apenas una cincuentena de años, un tiempo mínimo en comparación con la existencia de la Medicina y desde épocas remotas quienes tuvieron el oficio de curar lo hicieron con su ciencia, su conciencia y unas reglas de su arte o profesión que van desde el Juramento hipocrático a los Códigos Deontológicos vigentes y buena parte de la grandeza de la Medicina se encierra en el espíritu honorable que emana de ellos.

Los Códigos Deontológicos sólo existen en algunas profesiones y muchos que no los tienen se están esforzando por tenerlos, lo que es en buena medida señal de que no es algo tan negativo como muchos afirman. Puede aseverarse que sin la vivencia de una ética profesional correcta no es posible edificar la Bioética y no se puede hablar de la Deontología como un mal del pasado que ha sido superado.

Siempre se ha tendido a ver a la Bioética como algo de lo que principalmente se ocupan quienes se dedican al estudio de la vida o al cuidado de la salud y los estudiosos de la Ética, o quienes proponen concepciones acerca de la moral. A todos ellos, científicos y médicos, filósofos y moralistas, siempre les suele parecer poco relevante la dimensión jurídica de su conocer o de su obrar.

Quizás los juristas tengamos algo de responsabilidad en ello porque la larga tradición de recelar del Derecho por parecer como abstruso, se confirma de nuevo en la actualidad ante la profusión y complejidad normativas. Además, uno de los flacos favores que ha hecho el positivismo al Derecho es el presentarlo como herramienta de la que dispone, dotada de legitimidad puramente formal y no como interlocutor con el que dialogar e incluso, recibir orientación.

En consecuencia, y para el caso concreto de la bioética, se tenderá a afrontar los problemas sin considerar las perspectivas jurídicas y sólo al final se buscará el modo de articular la solución a que se haya llegado, sirviéndose para ello de una disposición normativa.

El Derecho no es sólo el monopolio estatal de la coacción⁷, sino también el empeño por definir la justicia y desde este ángulo los derechos fundamentales⁸ del Estado Social constituyen una cumbre histórica, pues significa que el poder coactivo del Estado se legitima en función del reconocimiento y garantía de la efectividad de los derechos. A la vista de este modelo jurídico - político, se puede afirmar que los derechos fundamentales reconocidos en las Constituciones definen el marco insuperable de los conflictos bioéticos; pero ella no tiene la respuesta a esos dilemas aunque fija un marco normativo y unas directrices vinculantes. Desconocerlas no facilita la resolución de tales conflictos, sino que abre las puertas a graves riesgos, fundamentalmente el de sustraer el debate sobre los mismos al marco de legitimidad democrática que le corresponde.

Esas garantías constitucionales que admiten varias interpretaciones y aplicaciones acotadas por el interés estatal, frecuentemente parecen insuficientes; sin embargo, en su insuficiencia resultan imprescindibles y la solución en ningún caso será prescindir de las garantías, sino discutir de su adecuada interpretación y justa aplicación.

El veloz y admirable avance de la medicina conlleva en muchas ocasiones a que el enfermo olvide la lógica y razonable falibilidad del médico y a que considere su curación como un derecho en el que nadie por ningún motivo, puede interferir. No es asombroso considerando lo antes apuntado, que las demandas y denuncias por responsabilidad médica hoy aumenten de manera fácilmente perceptible. Este aumento de las reclamaciones tiene mayor notoriedad en los países capitalistas y se debe, además, a la progresión de la relación médico – paciente, presentándose hoy no con los tradicionales lazos familiares que existieron con el “médico de cabecera” si no como una relación más impersonal, principalmente en las grandes ciudades, donde la contractualidad viene a ser el manto que recubre tal relación.

⁷ Vid., FERNÁNDEZ BULTÉ, Julio, *Teoría del Estado y el Derecho. Teoría del Derecho*, Editorial Félix Varela, La Habana, 2004, p.

⁸ GARCÍA COTARELO, *Teoría del Estado y Sistemas Políticos*, T-I.(Libro fusilado), p. 203-204.

1.3. El acto y la obligación médicos: valoración técnica desde su *lex artis*.

A la medicina se le considera, por muchos, como la ciencia y el arte de precaver y curar las enfermedades del cuerpo humano, por consiguiente, el acto médico será aquella actividad realizada por las personas, habilitadas legalmente, para prevenir, diagnosticar, tratar y curar las enfermedades del cuerpo humano, en la medida en que los conocimientos de su ciencia y los recursos humanos, científicos (medicamentos) y tecnológicos (instrumental) disponibles así lo permitan.

El acto médico tiene cuatro características principales que lo distinguen:

La profesionalidad: sólo el profesional médico puede realizarlo.

Ejecución típica. Se refiere a que su ejecución debe ser de acuerdo a la *lex artis*; es decir, sujeta a las normas de excelencia y calidad imperantes en ese momento.

Tener por objetivo, la curación o rehabilitación del enfermo.

Licitud; es decir, concordancia con las normas legales existentes.

En el ejercicio del acto médico, el profesional de la medicina se obliga a emplear todos sus conocimientos y medios suficientes y disponibles de su ciencia y arte con el propósito de precaver, diagnosticar, tratar y curar una determinada enfermedad; por consiguiente, el médico contrae una obligación de medios para el propósito encomendado, y no una obligación de resultado.

Esta obligación de medios, tiene lugar en las distintas etapas del acto médico, ya sea en la etapa de diagnóstico de la patología, como en la etapa de tratamiento médico, como asimismo en la etapa del acto quirúrgico y en la etapa de pos-operatorio del paciente.

De esta obligación de medios que contrae el facultativo, puede surgir, eventualmente, su responsabilidad médica, pudiendo ser esta administrativa, civil o penal, según la naturaleza y circunstancias del caso en particular.

Siendo la obligación que asume el médico una *obligación de medios*, la culpa consistirá en no haber empleado los medios suficientes con el propósito encomendado, el no haber sido diligente, prudente o hábil o no haber tomado todas las precauciones que hubieran evitado el daño, puesto que, por ejemplo, un error culpable en el diagnóstico normalmente influirá en el tratamiento médico, el cual, por lo mismo, importará a su vez un segundo equívoco, que generalmente será el que origine el cuasidelito médico. De igual forma, pudiera darse el caso de un diagnóstico erróneo y un tratamiento acertado; de un diagnóstico erróneo no seguido de tratamiento y de un diagnóstico acertado seguido de tratamiento equívoco.

El verdadero daño al paciente tendrá lugar en el tratamiento indicado como idóneo, que se hizo descansar en el error de diagnóstico.

Sin perjuicio de lo anterior, el médico se encuentra obligado a cumplir tres *obligaciones de resultado*:

Obligación de información de resultado, es decir, el deber de informar al paciente que persigue la obtención del consentimiento informado del paciente.

Obligación de resultado por los materiales y productos.

Obligación de resultado por exámenes y análisis simples: los diagnósticos y exámenes médicos están sujetos a la interpretación que debe hacer el profesional acerca de su alcance y posibles efectos. Pero existen exámenes o análisis de laboratorio que no presentan ningún elemento aleatorio, que no necesitan interpretación y sobre los cuales el paciente puede esperar

legítimamente un resultado exento de errores (por ejemplo, la determinación del grupo sanguíneo).

Siendo el *objeto de la responsabilidad médica* sólo una obligación de medios que contrae el facultativo, sin embargo, el médico debe atenerse y observar en todo momento la *lex artis*, locución latina, literalmente "*ley del arte*" o regla de la técnica de actuación de la profesión médica.

En términos generales, se define la *lex artis* como la forma de proceder de un profesional idóneo, profesional que está con su título reconocido legalmente por los organismos universitarios acreditados y que tiene la formación y los conocimientos necesarios para estar ejerciendo.

Debe notarse que este profesional se encuentra enfrentado a un enfermo que precisa atención médica oportuna y eficaz, basada en la aplicación de medidas terapéuticas que en términos estadísticos corresponde al actuar médico normalmente aceptado, y que tal actuación se circunscribe a lo que es comúnmente aceptado en la comunidad médica nacional e internacional, lo que habitualmente se recomienda hacer en casos similares.

El profesional de la medicina, al igual que los de otras ramas del conocimiento, posee una compleja estructura teórica que se integra y asimila luego de muchos años de observaciones y estudios. Esta estructura teórica debe plasmarse en resultados concretos a través del manejo de técnicas especiales; y quien aplica estas técnicas, lo hace imprimiendo su sello personal, su característica individual. Estos tres aspectos integran el ejercicio médico: ciencia, técnica y arte.

La *lex artis*, en el caso de los delitos médicos culposos, ha sido empleada para referirse a aquella evaluación sobre si el acto ejecutado se ajusta a las normas de excelencia del momento. Por lo tanto, *se juzga el tipo de actuación y el resultado obtenido*, teniendo en cuenta las características especiales de quien lo ejerce, el estado de desarrollo del área profesional de la cual se trate, la

complejidad del acto médico, la disponibilidad de elementos, el contexto económico del momento y las circunstancias específicas de cada enfermedad y cada paciente.

No obstante, no se debe olvidar jamás que el profesional de la medicina trabaja, según las circunstancias, sobre la base del denominado "*riesgo permitido*", es decir, "*se debía correr ese riesgo*" como única forma de sanar o salvar al paciente, el cual perfectamente podría haberse realizado apegado a *lex artis* y dentro del marco deontológico correcto, sin embargo, el resultado fue de muerte o de lesiones para el paciente.

La *lex artis* impone al médico ciertos deberes, como modalidad de exclusión del riesgo del error culposo, entre otros:

Seguir los progresos de la ciencia, conocer los nuevos medicamentos y procedimientos quirúrgicos que superen a otros anteriores.

Mantener una práctica profesional adecuada a los protocolos de actuación del caso en que le corresponda intervenir.

Obedecer a las reglas generalmente admitidas por la ciencia y el arte de la salud especializada a la cual se dedica.

Obrar con prudencia, recurriendo a la opinión de otros especialistas en aquellos casos dudosos y que puedan debilitar o exceder su juicio médico.

Conocer sus personales limitaciones frente al acto que habrá de realizar, a fin de excluir la eventual modalidad de culpa provocada por la impericia, pues solo reconociéndola y evitando una actuación en tal situación, podrá excluir un comportamiento criminal.

Mantener una observancia de los reglamentos destinados a normar las acciones de salud, los protocolos médicos, quirúrgicos, etc., aspectos de contraloría médica, entre otros.

Bajo la *lex artis*, sólo se estima lícito permitirse alguna audacia en el tratamiento médico o quirúrgico del paciente, ante una enfermedad incurable o de inminente riesgo mortal.

Para apropiarse un juicio acertado sobre un caso de responsabilidad médica concreto, se analizará no sólo la conducta del profesional y su deber general de diligencia, sino también otros factores que influyen poderosamente en que el servicio médico sea brindado con calidad. Si se desea hacer una valoración acertada de dicha responsabilidad, habrá que circunscribir el análisis a la relación sanitaria “*ad hoc*” y para hacerlo posible se suele manejar elementos comunes que no son más que herramientas conceptuales en pro del ejercicio adecuado de la acción:

Acto concreto: está referido a determinar el grado de preparación profesional del actuante ya que este difiere de la especialidad, nivel alcanzado o grado científico.

Aspecto funcional: está determinado por las características de la institución asistencial donde ocurrió la falta médica y donde interviene el prestador de salud.

Vías de agravación: estas se hacen manifiestas cuando el profesional tenía a su alcance los medios, métodos y condiciones materiales favorables y acordes al estado actual de su ciencia y no actuó con la diligencia debida. En este caso la responsabilidad profesional es ineludible.

Se manejan como categorías que pueden atenuar el criterio que se forma de responsabilidad del profesional las siguientes:

Enfermedad: es importante para un análisis equilibrado de una situación concreta, entrar a estudiar si se trata de una enfermedad grave o leve, si el médico se enfrenta a una patología o cierto factor indescifrable, el alcance del desarrollo científico – técnico y los medios de que se valga el galeno.

Enfermo: se analiza si es un enfermo que coopere o no con el tratamiento médico, reflejado esto esencialmente en su consentimiento.

Familia: viene a ser factor de importante apreciación, sobre todo en casos en que no existe una comunicación eficiente (no sólo a los efectos del consentimiento) entre el médico y el paciente.

Institución: su análisis puede atenuar la responsabilidad del médico actuante, en vista de que la administración del centro asistencial debe garantizar el aseguramiento de la prestación de salud.

1.4. La responsabilidad médica: aristas técnico - jurídicas.

La responsabilidad en términos generales, la podemos entender como la capacidad que existe en toda persona para conocer el deber u obligación que asume como consecuencia de una acción u omisión realizada libremente, y de la cual debe responder y aceptar las consecuencias.

En el ámbito jurídico, la responsabilidad puede ser entendida como la transgresión, por acción u omisión, de un deber de conducta señalado en una norma jurídica, que importa una consecuencia de relevancia jurídica.

La responsabilidad jurídica puede ser administrativa, civil y penal. Tanto la responsabilidad civil, cuanto penal y administrativa, pueden concurrir copulativamente, al ser todas compatibles.

La responsabilidad administrativa, es el deber u obligación que tiene todo funcionario público de observar fielmente el cumplimiento de los deberes

emanados de la función pública que ejerce, y por lo mismo, propios del cargo que desempeña, y cuyo incumplimiento lleva aparejada una sanción administrativa o disciplinaria. Generalmente, dichos deberes u obligaciones están estipulados en los reglamentos de responsabilidad administrativa de cada organismo.

Por su parte, la responsabilidad civil, es la obligación que pesa sobre una persona de colocar a quien se ha causado un daño por la violación de un deber jurídico en la misma situación en que éste se encontraría con anterioridad a dicho acto. Es decir, es el deber u obligación que debe asumir todo aquel que, contractual o extracontractualmente, ha causado un daño o perjuicio a otra persona, y que se traduce principalmente en una reparación o indemnización del perjuicio o daño causado.

La responsabilidad civil puede verificarse no sólo por hechos propios, sino también por hechos cometidos por terceros, que pueden ser incluso animales, lo cual explica que el sustento de esta responsabilidad es el hecho de la necesaria protección del patrimonio de las personas físicas y jurídicas; por eso, en el ámbito civil no se busca la sanción ni el castigo sino la reposición, lo cual determina que no se hable de responsabilidades si no de patrimonios que soportan las responsabilidades.

Para que pueda apreciarse la responsabilidad civil y por tanto, la resarcibilidad del daño tienen que verificarse las llamadas *condiciones de resarcibilidad del daño*: la existencia real de este, su carácter actual o presente y la relación de causalidad. Que el daño sea real, excluye la posibilidad de que la afectación sea propiamente hipotética y la existencia de este es un requisito de la demanda y la prueba correspondiente la soporta el demandante. El daño también será actual, lo cual desecha la resarcibilidad de daños futuros aunque cabe, sin embargo, que en un daño ya existente y actual se valoren consecuencias futuras. Por último, existirá siempre como condición insoslayable la relación dialéctica entre la conducta del agente y el daño.

La responsabilidad civil se divide en responsabilidad de derecho público y responsabilidad civil de derecho privado, siendo la primera de éstas, en términos generales, la responsabilidad que debe asumir el Estado cuando a través de sus organismos causa un daño o perjuicio a otra persona; y la segunda, es la responsabilidad que deben asumir los particulares cuando mediante sus actos u omisiones causan un daño o perjuicio a otra persona. La responsabilidad civil de derecho privado, por su parte, se divide en responsabilidad civil contractual y responsabilidad civil extracontractual.

La responsabilidad contractual, es aquella que proviene de la violación de un contrato y consiste en la obligación de indemnizar al acreedor el perjuicio que le causa el incumplimiento del contrato o su cumplimiento tardío o imperfecto.

La responsabilidad contractual supone una obligación anterior; es decir, se produce entre personas ligadas por un vínculo jurídico preexistente, por ejemplo, un contrato. *La responsabilidad extracontractual*, es la que proviene de la comisión de un delito o cuasidelito civil; es decir, de un hecho ilícito, intencional o no, que ha inferido injuria o daño a la persona o propiedad de otro.

La característica fundamental de delito civil es que necesita del daño, puesto que no puede haber delito o cuasidelito civil sin la producción de un daño o resultado dañoso en la persona o propiedad de otro, por tanto, para que se genere responsabilidad extracontractual debe existir un hecho ilícito y que éste produzca daño.

El daño es todo menoscabo que experimenta una persona, sea en ella misma, sea en su patrimonio, y que no necesariamente se refiera a un menoscabo por la pérdida de un derecho. En términos generales, podemos definir el daño o perjuicio como la disminución o detrimento del patrimonio o los detrimentos morales sufridos por una persona.

Como es sabido, la responsabilidad penal, es la que proviene de la comisión de un delito o cuasidelito - modernamente llamado por muchos teóricos delito culposo - y que busca imponer un castigo de índole punitivo o sanción penal, al sujeto culpable del ilícito, ya sea en su calidad de autor o partícipe.

La responsabilidad penal es mucho más gravosa porque las sanciones penales afectan no sólo el patrimonio del sancionado, sino que pueden afectar los bienes jurídicos supremos de la persona: su libertad y su vida, lo cual es explicable si consideramos que cuando se llama a alguien a la responsabilidad penal se hace no sólo por el resultado punible efectivamente derivado de su conducta, sino también porque suele imbricarse como sujeto pasivo a toda la sociedad.

En la responsabilidad penal se advierte también como criterio básico la imputabilidad⁹ que es la capacidad personal exigible al sujeto de la acción u omisión socialmente peligrosa para que se halle obligado a responder penalmente y este es el requisito previo de la culpabilidad que es una actitud psíquica especial del sujeto respecto al acto socialmente peligroso cometido por él.

La responsabilidad civil supone un perjuicio privado y se requiere que realmente se haya producido un daño o perjuicio¹⁰, mientras que la responsabilidad penal suele exigirse también aunque no exista consumación del delito; y por tanto, ausencia real de daño aprehensible en el mundo de las relaciones sociales; de modo que la sanción penal puede anticiparse y por consiguiente, ser aplicada en supuestos como los de preparación del hecho delictivo e iniciación del actuar punible aunque sin consumación absoluta (tentativa).

⁹ Vid, QUIRÓS PÍREZ, Renén, *Derecho Penal. Parte General*, Tomo I Editorial Félix Varela, La Habana, 2002, p.219.

¹⁰ Si de daño se habla, debemos entender por tal, la diferencia que existe entre la situación en la que se halla la víctima antes del suceso que le acontece y después de este. Tal diferencia puede darse en el orden patrimonial (daño material) o en el plano moral o situación anímica o psíquica de la persona (daño moral). Por su parte, por perjuicio, debe entenderse aquella ganancia dejada de percibir producto del acontecimiento del acto lesivo.

La responsabilidad penal suele identificarse como el estado de sometimiento en que se encuentra el individuo que ha tomado parte en la ejecución de un delito frente a la potestad punitiva estatal, y que se traduce en tener que soportar la aplicación de la pena prevista en la ley por la ejecución de ese hecho delictivo.

En ella se verifica un carácter estrictamente individual: sólo debe hacerse efectiva en quien comete el delito. En el supuesto de las personas, su responsabilidad merece u tratamiento sui generis, toda vez que habría que deslindar su actuar del de sus órganos o representantes que se nos revelan como personas naturales; de modo que pueden coexistir las responsabilidades individuales y colectivas, siempre en aquellos casos en que los hospitales o clínicas sean concebidos como personas morales o jurídicas.

Merece también un señalamiento aparte, el hecho de que únicamente puede establecerse responsabilidad penal frente a conductas externamente apreciables, y no por actitudes internas o por convicciones; o sea, la fase delictiva interna es absolutamente impune: mientras las convicciones internas no se traduzcan en un comportamiento externo, no puede surgir responsabilidad penal; de modo que sólo pueden castigarse comportamientos humanos concretos.

La responsabilidad penal bien puede afirmarse que es la más severa y drástica a la que puede enfrentarse cualquier persona, sea física o jurídica. Su fundamento no es otro que la necesidad social de que se repriman las acciones u omisiones (si bien no desconocemos la función preventiva y resocializadora de la sanción) que contraríen las normas y principios socialmente aceptados, bien sea el sujeto activo profesional o no; así, que todo individuo tiene la responsabilidad general que implica la observancia atinada de las normas penales y además las que emanan de su profesión. El médico también responderá penalmente en uno u otro nivel.

El hecho punible es aquel sancionable por la peligrosidad social que entraña y con relevancia para el Derecho Penal¹¹. Si nos centramos en el sector de la salud, es punible todo actuar médico que la peligrosidad social así lo amerite y regulado previamente con anterioridad en el ordenamiento jurídico. Según el eminente Nerio Rojas, existen cinco elementos constitutivos de responsabilidad para condenar penalmente a un médico: *caracteres del autor, circunstancias del acto, elementos subjetivos, elemento objetivo o daño y relación causal entre el acto y el daño*.

En cuanto al autor, se requiere que sea un profesional o ejercitante de la medicina, en cualquiera de sus ramas¹². Puede tratarse también de que sobre él repercutan los actos cometidos por sus auxiliares, ayudantes o enfermeros y sin soslayar la responsabilidad individual de estos y por acto profesional debe entenderse cualquier acción facultativa o correlativa, ya haya sido efectuada con fines preventivos, exploratorios, diagnósticos o terapéuticos, así de orden médico como de orden quirúrgico.

Por su parte, el elemento subjetivo entraña la demostración de culpa del autor, cuyo factor psicológico primordial es la falta de previsión de las consecuencias previsibles dentro de las circunstancias y condiciones corrientes de su situación.

Se entiende por elemento objetivo, el daño producido, esto es además el perjuicio ocasionado a la víctima. Por último, para que tenga establecida relación causal debe quedar bien demostrado que el daño es consecuencia directa del acto profesional, problema técnico que requiere la intervención idónea de un perito, debiendo determinarse si no se trata de una evolución natural de la enfermedad, independiente de la actuación facultativa, si la propia enfermedad no ha actuado como concausa y si salvada a tiempo la falta profesional el daño hubiese sido evitado.

¹¹ Vid, QUIRÓS PÍREZ, Renén, *Derecho Penal. Parte General*. Tomo I, Editorial Félix Varela, La Habana, 2002, p.16.

¹² Cfr., Artículo 82, segundo párrafo de la Ley 41 de 1983, Ley de Salud Pública.

Como pudo valorarse, los elementos anteriormente presentados como suficientes para determinar la responsabilidad penal del médico son perfectamente integrables en la llamada estructura del delito desde la clásica visión del profesor Renén Quirós.¹³

Concluyendo, se entiende que el médico es aquel quien haciendo uso de su *lex artis*, que enriquecerá con la superación constante de su conocimiento profesional, está llamado a devolver salud, entendiéndose como aberrada la conducta del médico que se ampara en el ejercicio de su profesión para ocasionar daño a algún paciente suyo.

1.5. Límites de la responsabilidad profesional del médico.

Si variados son los matices de la actuación médica, tratándose de los límites de la responsabilidad profesional del médico, el debate es fuerte y variado y tal controversia se concreta a varias posturas teóricas: la que admite la irresponsabilidad absoluta y en la que sus partidarios toman por fundamento el hecho de que la medicina a pesar de su continuo perfeccionamiento científico no puede considerarse una ciencia exacta y se trata más bien de enfermos no de enfermedades, además de que existen notorias diferencias entre los médicos según su formación académica.

Aducen, como otro fundamento jurídico de esta teoría, que es muy difícil juzgar los fallos técnicos de un arte conjetural como lo es la medicina y los tribunales no están llamados a juzgar los principios de la ciencia médica, ni a reprobar lo que hizo un médico ni a indicar lo que debía haber hecho. Esta primera posición teórica es mundialmente rechazada por oponerse a los principios del Derecho y porque nadie puede ser inexpugnable ante las leyes.

Existe un segundo criterio doctrinal que esgrime sólo la responsabilidad cuando existe dolo o mala fe. Conocido es que el dolo es el elemento subjetivo que con

¹³ Vid, QUIRÓS PÍREZ, Renén, *Derecho Penal. Parte General*. Tomo I, Editorial Félix Varela, La Habana, 2002, p. 161.

mayor claridad explica el nexo causal entre una conducta y su resultado, ocupando la escala máxima de la culpabilidad al constituir la forma suprema de la ligazón psicológica a un hecho determinado y aunque la doctrina reconoce variantes de este, la concepción jurídica del dolo nos muestra una cadena causal de mayor peligrosidad social y esto adquiere ribetes mejor definidos si recordamos que el médico está llamado a devolver salud y no a escudarse en su actuar para producir daños, siendo inconcebible que la profesión médica sirva de refugio a la intención dolosa y de ser así primaria por sobre todo la responsabilidad penal que de seguro adquiriría agravantes justificadas.

La tercera teoría admite y exige responsabilidad al médico cuando en el ejercicio de su profesión, produce un daño o perjuicio interviniendo negligencia, impericia o lo que en Derecho Penal se le ha llamado imprudencia temeraria, estando contestes con tal posición teórica, pues claro está que los galenos, además de abstenerse de tipificar delito alguno, están compelidos a emplear toda la pericia, la prudencia y las mejores reglas de su saber al tratar a un enfermo.

CAPÍTULO II

2. Valoración técnico - legislativa de la responsabilidad penal médica.

2.1 Elementos que integran la responsabilidad médica.

Consignadas las anteriores e imprescindibles acotaciones, asumimos que pretender cualquier estudio de la responsabilidad médica significa imponerse, como primerísima reflexión, un análisis de los llamados *elementos constitutivos de la responsabilidad médica*, los cuales, acumulativamente, serán el requisito indispensable para la exigencia de aquella: la obligación preexistente, el perjuicio ocasionado y la relación de causalidad entre la falta cometida y el perjuicio ocasionado.

2.1.1. La obligación preexistente.

Elemento fundamental de la responsabilidad médica en los casos en que la omisión de la prestación de los servicios médicos constituye el origen del daño o perjuicio, dicho de otro modo, el dejar de hacer lo que se tiene la obligación de realizar por un compromiso previo, bien de tipo contractual, bien de imperativo legal.

2.1.2. La relación médico – paciente.

Es un binomio dentro del cual cada factor juega un rol ético primordial y para que este último tome decisiones es requisito indispensable que actúe de forma autónoma y competente; sin embargo, hay ocasiones en que no puede hacerlo, bien porque existen restricciones internas (lesiones o disfunciones cerebrales, psicosis, traumatismos o falta de lucidez mental, etc.) o bien por la existencia de restricciones externas como la coacción, el engaño físico o emocional o la privación de la información indispensable en los que teniendo capacidad de autogobierno no puede realizar una acción autónoma y es por ello que se

afirma que un acto autónomo satisface las exigencias del consentimiento informado.

Es en la década de los setenta cuando los enfermos comienzan a tener conciencia de su condición de agentes morales, autónomos, libres y responsables y por tal razón, el consentimiento informado del paciente para las actuaciones médicas tienen un profundo sentido para la relación médico – enfermo. Este ha de ser obtenido por el médico que va a llevar a cabo el proceder en cuestión (exploración, intervención, etc.) o prescribir el tratamiento.

En general, en la atención primaria se suscitan pocos problemas en este sentido; sin embargo, cuando se trata de remisiones a centros hospitalarios o consultas especializadas en los que el paciente se debe realizar exámenes complementarios, entonces el problema surge porque en tales circunstancias el contacto del médico suele ser breve y presionado por la escasez de tiempo y los resultados no se comentan al paciente sino que se envían al médico de cabecera o de familia que solicitó las pruebas.

La relación entre médico y paciente no ha sido la misma a través de los tiempos. En efecto, en un principio se concibió al médico como una suerte de Dios sobre la tierra, incapaz de cometer una negligencia o un error. Así, cuando la sanación del enfermo no era alcanzada se asumía que se trataba de un desenlace inevitable. Esta concepción ha variado recién durante el siglo XX, a raíz de la segunda guerra mundial. Es a partir de las atrocidades cometidas durante la misma, que se reconoce la existencia de los derechos de las personas. Los derechos humanos van evolucionando, siendo los derechos personalísimos conocidos como de “primera generación”, caracterizados por ser indisponibles. Dentro de estos podemos ubicar el de disposición del propio cuerpo y libre decisión sobre la vida.

Como consecuencia de ello varía la relación médico - paciente y se convierte en una de tipo despersonalizado. Asimismo, se da por sentado que esta

relación es de tipo contractual, generándose un contrato de prestación de servicios entre las partes, el cual es regulado por algunos códigos civiles y se define como aquel en el que el locador (médico) se obliga sin estar subordinado al comitente (paciente) a prestarle sus servicios por cierto tiempo o para un trabajo determinado a cambio de una retribución.

Asumidos tales términos, se transita de una fe ciega a una confianza relativa que hace vital la presencia de la información y el consentimiento. La información se erige como el elemento que mitiga la desigualdad entre la posición del médico y el paciente.

En tal sentido, un tópico que no puede ser ignorado, como se colige, por lo que representa al intentar comprender la naturaleza de la obligación preexistente, es el que se enuncia como *consentimiento informado*, al que nos referiremos en lo sucesivo.

2.1.3. Perjuicio ocasionado.

La responsabilidad al médico se exige no sólo por no cumplir una obligación para él vinculante (de origen legal o voluntaria) y verificarse un mal actuar o una omisión que constituye falta médica sino porque todo lo anterior redundará en daño o menoscabo de bienes jurídicos del paciente (la vida su moral, su patrimonio, etc.). A nadie escapa la clara visión de que el Derecho, haciendo normas de principios socialmente válidas, es garante del “universo jurídico” de la persona, reprimiendo las conductas que de algún modo lo lesionan.

Aunque este elemento se conoce así, realmente puede ser daño o perjuicio distinción que civilmente cobra relevancia, entendiéndose como daño el menoscabo real sufrido por el paciente (conjunto de deberes, derechos, potestades, obligaciones referidas a bienes) y como perjuicio, lo dejado de percibir, lo que pudo haber ingresado al patrimonio y el acto ilícito lo impidió.

Para Larenz, el daño significa la alteración desfavorable de las circunstancias que ha consecuencia de un hecho determinado se produce contra la voluntad de una persona y que afectan sus bienes jurídicos (personalidad, libertad, honor, patrimonio). Bajo la teoría de la diferenciación, es el daño la diferencia evaluable económicamente, que se produce teniendo en cuenta el estado en que el patrimonio se halla después del hecho dañoso y la situación en que el patrimonio se hallaría si el hecho no se hubiera producido, siendo evidente la exclusión que dicha teoría realiza del daño moral y la solución de este.

Los perjuicios o daños pueden ser sufridos por:

a. El propio enfermo y podrán ser clasificados como:

- **somáticos**: agravación del estado general de salud, complicaciones sufridas e incluso la muerte.
- **pecuniarios**: gastos resultantes de haberse alargado la enfermedad, de haberse tenido que atender con personal especializado y todo desembolso que la falta médica ocasionó.

b. Por un tercero: se trata también de daños morales o pecuniarios.

- **morales**: son los más variables y matizados y es, por así decirlo, en sí mismo extra patrimonial, afectivo y aparece intrínsecamente relacionado con el desarrollo moral de la persona y sus concepciones más individuales, sin obviar que cada sociedad posee un conjunto de normas (entendidas como principios o valores) que conforman un agregado ético general. Sus matices subjetivos dificultan su justa apreciación y es difícilmente valorable en dinero, aunque debe ser cierto.

2.1.4. Relación de causalidad entre la falta cometida y el perjuicio ocasionado.

Es este el elemento que nos permite visualizar que entre la falta médica o el actuar médico reprobable y el daño que se ocasionó (cualquiera que fuera su modalidad) hay un nexo causal objetivamente perceptible, de tal forma que si se eliminara el acto médico deficiente o se hiciera la aportación de uno

prudente o cuidadoso desapareciera el menoscabo jurídico sufrido por el paciente.

La relación causal vista desde una óptica dialéctico - materialista consiste en el vínculo objetivo entre dos fenómenos, uno de los cuales (la causa) engendra otro (el efecto). Aunque parece simple o de fácil comprensión, lo relativo al nexo causal ha sido objeto de enconados debates, máxime entre penalistas.

Entendemos que la causa siempre va a aparecer precediendo al efecto sin llegar a ser la mera sucesión en el tiempo indicador bastante de causalidad, resultando indispensable la comprensión de las diferencias entre la necesidad y la causalidad. Esta última completa a la primera: la necesidad se nos presenta como la tendencia principal, pero se abre paso mediante innumerables casualidades.

Las disquisiciones penales sobre el nexo causal, aunque no nos ocupan, aportan herramientas muy válidas para la comprensión feliz de este elemento de la responsabilidad médica. No puede ignorarse que siendo este un tema en que más que análisis teórico – doctrinales, lo que existe es una variedad de soluciones empíricas para la situación jurídica del galeno que en el ejercicio de su arte daña a su paciente.

2.2. Principales circunstancias de la responsabilidad médica.

La actuación médica que se verifica con negligencia, imprudencia, impericia o inobservancia de los Reglamentos configura la llamada *mala praxis*; que no es sino la *falta médica* que lleva en sí misma una equivocación del profesional cuando media como el elemento subjetivo es la culpa y determinante de responsabilidad legal para el galeno.

Sobre la base de la nueva relación entre médico y paciente, es que se desarrolla el concepto de mala práctica médica. El profesional presta un servicio, y puede hacerlo en forma defectuosa y causar daños al enfermo y

considerando el desarrollo actual de la medicina, pueden generarse una serie de peligros dado que la técnica ha invadido la ciencia médica.

Entre las causas que incidieron en el aumento cuantitativo de los juicios por la mala praxis médica, se pueden mencionar las siguientes: el fabuloso desarrollo de la ciencia y de la técnica médica, el empleo de nuevos fármacos, antibióticos, etcétera, la utilización de nuevos métodos de anestesiología, el aumento del nivel de vida y el progreso, que, por un lado, genera riesgos que enfrentan al hombre día a día con un destino incierto, con una realidad inesperada y fatal, y que, por otro lado, ha impuesto un refinamiento - por así decirlo - en las prácticas médicas y en los controles sanitarios de la población (Bustamante Alsina); la desaparición del antiguo médico de cabecera, la masificación de la medicina (Bueres); la diferencia de pasar a ejercer la praxis médica en una “sociedad de personas” a una “sociedad masificada” (Lorenzetti); todo lo cual se ve reflejado en los cambios sucedidos a lo largo del siglo XX en la sociedad, la medicina y el derecho.

Hay otras causas que la doctrina cita para argumentar respecto al incremento de las demandas judiciales por la mala praxis médica: inadecuada relación médico - paciente; profusión de la aparatología médica; falta de información oportuna y suficiente al paciente y/o a sus familiares; falencias en la formación y en el entrenamiento profesional; exceso de tareas del personal médico; carencias de algunos servicios asistenciales; insuficiente número de personal auxiliar; mayor tendencia a cuestionar los servicios profesionales; desconocimiento, por parte del médico, de sus obligaciones y derechos; exacerbación de los juicios de responsabilidad; pacientes y abogados inescrupulosos, etcétera.

En nuestro parecer, esas causas son accesorias. Existe una causa principal que dio lugar al fenómeno judicial llamado mala praxis médica, la cual radica en el surgimiento de una nueva concepción de la persona humana: la que

considera al ser humano como dotado de dignidad y libertad, estatus que lo sitúa en el centro de la relación médico - paciente.

Antes, en lejanas épocas históricas, el médico se situaba en el centro de la relación: decidía en pro del bien del paciente, pero no consultaba su voluntad; decidía por sí y por el paciente, lo más conveniente para este. El galeno no reconocía la autonomía del paciente. Desde el centro de la relación, en paridad con el galeno (este posee el saber médico, el paciente el señorío de ser autónomo) - en una relación que debe ser democrática - la persona humana, a partir de su ser dignidad, de su ser libertad, reclama la reparación correspondiente cuando considera que ha sufrido un daño injusto.

Si como vimos, para exigir responsabilidad al médico se necesita la ocurrencia, junto a la demostración objetiva de esta, de *falta médica* que propicia la aparición de daños o perjuicios y un nexo causal entre ambos elementos, existen circunstancias que determinan inexorablemente dicha responsabilidad para el profesional de la salud.

En nuestros días existen diferentes momentos en los que se puede exigir esta responsabilidad: cuando existe *intencionalidad o malicia*, es decir, dolo, del que surge directamente la condición de delito y en este supuesto es igual la responsabilidad a la de cualquier individuo que delinque, e incluso más grave por su condición de médico.

También con esta forma de culpabilidad, se nos presenta la tipificación de tipos penales cualificados por la condición profesional del autor, sin la cual no existiría. Se nos presentan, además, los supuestos en los que se verifica como forma de culpabilidad la imprudencia o la negligencia. Es en este último supuesto cuando la responsabilidad médica puede ser exigida por varios actúares: *impericia, negligencia, inobservancia de las normas e imprudencia* propiamente dicha.

En contraposición al dolo se nos presenta la culpa, que genéricamente considerada, representa el elemento subjetivo de un delito en el cual el agente ha ocasionado un evento dañino no querido por él y efecto sólo de su negligencia en el sentido amplio de la palabra.

El concepto de culpa y su incriminación han sido siempre objeto de vivas controversias y el problema siempre ha girado alrededor de dos puntos fundamentales: su concepto y la razón de su incriminación. En cuanto a la noción de la culpa, dos grandes posiciones doctrinales ofrecen posturas contrapuestas: La teoría tradicional, con marcado carácter subjetivo (entre las que se destacan los postulados de Carrara), toma como fundamento el elemento de la previsibilidad. Requisito característico e indispensable de la culpa es la posibilidad de prever lo que no se ha previsto. El agente que ocasionó el evento dañino, no quiso que este se verificara, podía preverlo como efecto de su manera de obrar, siendo pues la posibilidad de prever el límite necesario de la culpa.

En contra de la teoría anterior se alza otra eminentemente objetiva, enunciada y desenvuelta por Stoppato quien, esencialmente, concluye afirmando que el evento dañino y contrario al Derecho es punible, cuando es el producto inmediato de un acto voluntario del hombre que, si bien no se ha dirigido a la realización de un acto antijurídico, se ha manifestado con medios que se revelan no normales a la idea del Derecho y entiende por estos a los que tienen una expresión de su condición antijurídica que se deriva del evento mismo; de modo que no interesa que el autor entendiera que no eran contrarios los medios por él empleados para alcanzar un fin lícito cuando ellos, después de una estimación a posteriori, resultaron contrarios al Derecho.

Haciendo referencia a la cuestión de si los delitos culposos deben castigarse o no, hay que señalar que siempre surgieron voces que negaron toda legitimidad a la relación aunque siempre han sido posiciones aisladas. Lo cierto es que en los hechos culposos se encuentran evidente e incontrastable el daño social,

esto es, y según Carrara, un daño inmediato con un daño mediato, consistente en el mal ejemplo de los descuidados y en la alarma de los honrados, que produce una disminución palpable de la opinión de la propia seguridad. Y este es el criterio que prevalece, desechando la estimación que justifica la represión en el empleo de medios contrarios al Derecho.

La teoría de la culpa tiene una especial importancia en el ejercicio de la profesión médica, en razón del objeto mismo en que desarrolla su actuar que no es otro que la salud del hombre y es en este campo donde suelen presentarse frecuentemente implicaciones ilícitas con característica de culpa.

Por la especialidad del tema las leyes penales de numerosos países han incorporado disposiciones exactas acerca de la responsabilidad profesional precisamente en el grupo de infracciones contra la salud pública. Los profesionales resultan no sólo responsables por sus actos sino también por sus omisiones; el médico que preste a medias un servicio o no brinde el necesario de modo que resulte un mal para el paciente o para un grupo, deberá responder ante la Ley Penal que le cobra su omisión, su negligencia, su impericia o su imprudencia.

La culpa como nexa psicológico que generalmente une el actuar del médico con un resultado dañoso, ha recibido un tratamiento disímil según sea el sistema jurídico de que se trate. Así, por ejemplo, la Ley Penal rumana de 1968 establece en su artículo 18: "El hecho es cometido por culpa cuando el infractor:

Prevé su resultado pero no lo acepta, calculando, sin fundamento, que no ha de producirse.

No prevé su resultado a pesar de que debe o puede preverlo.

El Código francés, en el artículo 319 califica como involuntario el homicidio realizado por imprudencia, negligencia o inobservancia de los Reglamentos.

Por su parte, el Código Penal argentino, en los artículos 84 (que trata el homicidio), 94 (de lesiones) y 200, 201 y 202 (delitos contra la salud) sanciona al sujeto siempre que la causa haya sido la imprudencia, negligencia o impericia de su arte o profesión o por inobservancia de los Reglamentos. En el caso de condena culpable si fuese funcionario público o ejerciere alguna profesión, surtirá además, inhabilitación especial por el doble de la condena”.

La imputación de un hecho a una persona, *a título de culpa, en nuestro ordenamiento jurídico Ecuatoriano*, se da tal como lo señala el inciso 5 del Art. 14 del Código Penal que en su parte pertinente señala que: “ **... La infracción es culposa cuando el acontecimiento, pudiendo ser previsto pero no querido por el agente, se verifica por causa de negligencia, imprudencia, impericia o inobservancia de la Ley, reglamento u órdenes.** “

Es apreciable que en los Códigos Penales analizados la tendencia es esta: utilizar indistintamente los términos de culpa, negligencia, imprudencia e impericia para referirse a la forma de culpabilidad analizada.

2.2.1. La Negligencia médica.

Algunos tratadistas suelen emplear el término negligencia en un sentido tan amplio que puede subsumirse cualquier conducta culposa en ella, pero en buen técnica jurídica la negligencia viene a ser una modalidad de la culpa y es una especie de conducta omisa que se contraponen a las normas que exigen una actuación solícita, atenta y sagaz y está integrada por la falta de voluntad o interés para ocasionar el daño y la falta de precaución, es decir, el desprecio del cuidado que exige el ordenamiento jurídico y claro está, que el sujeto ha de tener la posibilidad real de prevenir las consecuencias que se derivan de su actuar ya que nadie está obligado a prever lo que no puede. A los efectos de

este análisis, negligencia en el sentido estricto es inversa al deber profesional e implica el incumplimiento de los elementales deberes inherentes a la profesión médica.

La negligencia o práctica médica deficiente es utilizada para describir el descuido y desatención en los casos que requieren una habilidad razonable, en prever lo previsible y como resultado de lo cual se empeora la salud del paciente. Por cierto, que la negligencia será tanto mayor cuanto más precaución requiera la ejecución del hecho.

La negligencia se hace notar porque no se agotaron las posibilidades exploratorias sobre el paciente, a pesar de la complejidad del cuadro clínico y la búsqueda del médico, éste no debió haber cesado hasta emitir un diagnóstico que se correspondiera con el padecimiento.

Ejemplos de actos médicos negligentes:

Falta de diagnóstico o diagnóstico tardío, o no hay diagnóstico lisa y llanamente.

Falta de exámenes.

Abandono del paciente.

Falla en la asepsia.

Inadvertencia de situaciones riesgosas.

Olvidos.

No informar al paciente de los riesgos que puede involucrar el tratamiento.

Dosificación farmacológica insuficiente.

2.2.2. La imprudencia médica.

Son múltiples las actividades humanas creadoras de riesgos, pero indudablemente el ejercicio de la medicina, en cuanto incide directamente sobre la salud y la vida de la persona, conlleva una luz especial de exposición y contingencia de peligrosidad, la atención, pericia y reflexión han de prodigarse

en dosis mayores que en otros menesteres o dedicaciones. La práctica de la medicina exige cuidadosa atención a la *“lex artis”*, sin asentar apotegmas absolutos dada la evolución constante de las ciencias médicas, la variedad de tratamientos y la diversidad del factor humano sobre el que actúa, exigente de métodos o atención diferenciados en correspondencia con su constitución somática y grado de afectación de la enfermedad.

La Medicina no forma parte de las ciencias exactas, interviniendo con frecuencia elementos extraños de difícil previsibilidad que propician errores de diagnóstico dentro de tolerables márgenes que pueden escapar al rigor de la incriminación penal. Otros errores de este tipo, por razón de la notable dimensión de la equivocación padecida, tornarán inexcusable el comportamiento del médico, máxime si resulta detectable un proceder irreflexivo, la falta de adopción de cautela de uso generalizado y en ausencia de normas sobre las que ha de definirse la naturaleza de la enfermedad o padecimiento.

El reproche viene dado en estos casos no tanto por el yerro del juicio, como por el abandono de la atención o comprobación sobre las que aquel ha de sustentarse. Se acusa a la omisión de medidas o prevenciones en relación con el cuadro de exigencias básicas comúnmente aceptadas en el ejercicio y praxis de cualquier especialidad médica.

Es la imprudencia una forma de obrar sin tomar las precauciones del caso y a diferencia de la negligencia, ella consiste en una conducta positiva al realizarse un hecho que habría que abstenerse de hacer por la posibilidad de producir un daño o peligro, o bien que se ejecuta un hecho de modo inadecuado que resulte peligroso para terceros. En sus implicaciones jurídicas podemos ampliar el concepto de imprudencia al definirla como la punible e inexcusable acción cometida con el olvido de las precauciones que la común prudencia exige, que de mediar malicia configuraría una conducta más grave.

Aunque ya conocemos la esencia de la imprudencia, bueno es recordar que el tribunal al juzgar estas conductas deberá actuar con extrema cautela cuando se trata de apreciar la culpa y su intensidad porque la naturaleza “sui generis” del acto médico, sobre todo en los casos de operaciones quirúrgicas, ha conllevado a calificar de temerarias actuaciones de vida o muerte por regir reglas de extrema excepcionalidad cuya aceptación en muchos casos ha significado notable progreso.

Resulta muy difícil determinar cuándo una intervención quirúrgica sobrepasa los límites de prudencia para integrar la culpa, siendo importante reflexionar acerca del punto relativo a la racionalidad del peligro. Ante el imperativo de curar una enfermedad de consecuencias fatales o que pueda constituir una dolencia crónica muy molesta para el paciente, es permitido usar medios sumamente arriesgados con tal que el procedimiento curativo se practique con suficiente idoneidad y debe tratarse de medios suficientemente experimentados y valorados oportunamente por el sector médico de la especialidad de que se trate.

Puede afirmarse que el actuar médico será prudente cuando el facultativo pone su conocimiento al servicio del fin que se propone. El médico prudente tomará un camino más seguro y no el desconocido, es decir, discierne lo conveniente dentro de lo conocido porque responde a sus conocimientos.

Un análisis de la jurisprudencia española nos lleva al conocimiento de pautas importantes con relación a la imprudencia médica y una adecuada valoración de esta: en este campo no es posible realizar valoraciones generales susceptibles de aplicación a cualquier supuesto, si no que se hace indispensable la reflexión individualizada del caso concreto; no existe la imprudencia si las deficiencias del material o instrumental médico existentes no son imputables, o no consta que lo fueran, al facultativo; y la no incriminación, vía delito, del acto imprudente en función de un simple error médico o del

diagnóstico equivocado, salvo si resulta de extrema gravedad por su propia entidad cualitativa.

Ejemplos de actos médicos imprudentes:

Transfundir sangre sin establecer el grupo sanguíneo, HIV, VDRL, etc.

Realizar un acto innecesario. (Histerectomía abdominal con apendicetomía profiláctica)

Uso de fármacos no suficientemente ensayados.

Ejecución de técnicas terapéuticas no claramente efectivas.

Sobredosis de fármacos.

Procedimientos terapéuticos peligrosos.

Realizar intervenciones innecesarias, a fin de reparar lesiones insignificantes.

Utilizar acciones de menor compromiso.

No tener consentimiento del paciente.

Resección quirúrgica excesiva.

2.2.3. La impericia médica.

La impericia es una modalidad de la culpa exclusiva del campo profesional. Algunos tratadistas consideran que la impericia no es atribuible al médico porque el adelanto de la civilización humana ha traído como consecuencia que el Estado tenga la obligación de velar por la capacitación de quienes pueden, en el desempeño de su habilidad, causar daños a terceros. Según ellos, el título que expide el Estado significa una presunción legal de que la persona es competente para ejercer la correspondiente profesión. No obstante la presunción de idoneidad, el médico puede obrar fuera del campo del que está autorizado por su título académico o aún cuando siendo poseedor de este, demuestre en la práctica no tenerlo.

Si entendemos por impericia la defectuosa capacidad en relación con alguna profesión, es fácil creer que todo médico podría realizar a cabalidad sus funciones y por lo mismo hallarse imposibilitado de quebrantar la Ley; sin

embargo, no siempre ocurre así y puede darse el caso de que por una u otra razón a quienes consideramos médico y por ende, idóneo, sea encontrado culpable por impericia en el momento de emplear los medios que su profesión exige en la práctica y tal sería el caso de un cirujano que opera sin tener la destreza que se exige y ocasiona la muerte del paciente.

Las causas fundamentales de impericia médica son la ignorancia y la inhabilidad para el ejercicio de la profesión médica. La ignorancia equivale a la falta de conocimientos prácticos para profesar el arte de curar. Algunos autores dicen que el médico ignorante no es responsable por su propio reconocimiento ya que su ignorancia no le permite prever y su actuar es involuntario. Lo que el médico debe saber en su compleja esfera de actividad no se lo dicen las leyes ni las disposiciones sino las reglas de la teoría y la práctica médicas y admitir el criterio de esos tratadistas significa admitir lo inverosímil y esto no es posible para el Derecho Penal.

A diferencia de las modalidades de culpa vistas anteriormente y que pueden abarcar cuestiones que no sean estrictamente científicas, la impericia sólo se atribuye a cuestiones que sean estrictamente científicas y es que esta se fundamenta en la carencia de preparación técnica que el arte médico exige para el desempeño de su misión y la falta de adiestramiento para el ejercicio de tal profesión.

El profesor Fernando Cañizares ha señalado que la impericia o incapacidad técnica para el ejercicio de la profesión médica puede ser total cuando el que la comete carece de la capacidad profesional que se requiere, o grosera cuando a pesar de estar capacitado para el desempeño de la profesión se emplean defectuosamente o no se utilizan los conocimientos científico – técnicos requeridos en el proceder que se ejecuta y por tal razón se ocasiona lesión o la muerte del paciente, resultados estos unidos en relación causal con la acción u omisión referidas. El nivel de experiencia del profesional, el estado de la ciencia y de la técnica médicas en el instante de ejecutarse el acto profesional y la

posibilidad o no de utilización de esos conocimientos en las circunstancias del caso concreto deberán dar la clave de este delicado aspecto de la determinación de la responsabilidad del médico de su proceder con impericia.

Ejemplos de actos médicos que importan impericia:

Falta de preparación profesional.

Falta de actualización profesional.

Error de diagnóstico.

Error terapéutico por falta de capacitación.

Fármacos mal recetados.

2.2. 4. La inobservancia de los reglamentos.

Esta requiere que la infracción reglamentaria misma sea dolosa o culposa, y que exista relación de causalidad entre ella y el resultado. En ocasiones, la simple infracción de reglamento podría ser incluso fortuita, admitiendo de esta forma, la responsabilidad objetiva derivada del simple estado contravencional del actor.

Ejemplos de actos médicos que importan infracción de reglamentos:

Faltar al reglamento de conducta médica y derechos de los pacientes.

Faltar al reglamento sobre reserva del historial clínico de los pacientes.

Faltar al reglamento sobre protocolo de pericias médico legales.

Faltar al reglamento sobre registros de nacimientos y defunciones.

Retirarse antes de un turno.

Padecer una enfermedad infectocontagiosa y continuar la atención de pacientes.

No denunciar enfermedades que requieren notificación obligatoria.

2.3. Supuestos que no determinan responsabilidad penal médica.

Hasta aquí hemos visto que la responsabilidad médica aparece generalmente como un actuar culposos que determinó la aparición de daños o perjuicios, o ambos, en el paciente. Existen supuestos en que si bien puede sufrirse algún tipo de menoscabo por parte del enfermo no implican responsabilidad para el profesional y tampoco puede demostrarse un nexo psicológico culposos con el daño percibido y en estos casos hay dos argumentos defensores de tal inculpabilidad: al médico hay que dotarlo en el ejercicio de su profesión de un margen creíble y razonable de equivocación y por muy diligente y sagaz que sea un galeno, existen factores que escapan a cualquier previsión humana. Los supuestos o circunstancias que no determinan responsabilidad médica son el error médico y la iatrogenia aunque no falta quienes se refieren a un muy específico estado de necesidad.

2.3.1. Error médico: valoración jurídica.

No existe un consenso internacional sobre la definición del error médico, pero como para cualquier otro fenómeno que va a ser estudiado, su definición es una necesidad, teniendo en cuenta que el problema que no se define, no se puede medir y lo que no se mide tampoco se puede prevenir o erradicar.

Para algunos, este término resulta un tanto ominoso o peyorativo, tanto es así, que incluso se evita mencionarlo o analizarlo; sin embargo, todos los autores coinciden en que el error es humano.

El error ha sido definido como, el fracaso de aplicar completamente un plan de acción como fue propuesto o también del uso de un plan equivocado para alcanzar un objetivo. Los errores pueden incluir problemas de la práctica, productos, proceder o procedimiento y sistemas.

Para el Instituto de Medicina de los EE.UU. (IOM) el error médico es un evento adverso o cerca de ser producido, que en su mayoría puede ser prevenido, con los actuales conocimientos de las ciencias médicas.

Creemos más elocuente centrar las definiciones del error médico en concepciones y principios de la moral, la ética y de deontología médica; es decir, vinculada, al deber, al humanismo, hermandad y solidaridad, que significan el respeto a la dignidad humana.

Algunos autores plantean que este error es el más importante factor causal de eventos adversos o consecuencias indeseadas del proceso de atención médica, muy por encima de la mala práctica o las condiciones del paciente, por lo que requiere una mayor vigilancia.

Lo cierto es que las disquisiciones que suscita tal instituto, tienen antecedentes que se nos pierden u ocultan en la historia, al menos con el surgimiento de la escritura, por ejemplo:

En el mundo antiguo se utilizó la frase *primum non nocere* como una forma concreta de expresar el necesario humanismo de la atención médica y que señalaba la necesidad de evitar los malos procedimientos en aquel entonces.

En estados como Egipto y la India existían funcionarios que observaban el cumplimiento de las normas establecidas.

En Babilonia, Mesopotamia, 1 750 años a.n.e, con el reinado de Hamurabi, en el código de leyes se regulaba el trabajo médico y se castigaba severamente los malos resultados de un tratamiento u operación, según el nivel social del enfermo.

El juramento Hipocrático, siglo V a.n.e, estableció las bases para la ética y conducta médica, cuyo fin era mejorar su práctica y sus resultados, postulados que están vigentes en la actualidad.

En el siglo XIII de nuestra era, la primera escuela de medicina del mundo en Salerno, Italia establece regulaciones del trabajo médico que contenían elementos de auditoría.

Ciertamente, debemos reconocer la gran importancia que tiene el diagnóstico precoz y la prevención oportuna del error médico, para lo cual hay que desmitificar o esclarecer el verdadero significado de este concepto.

Error significa desde el punto de vista semántico, conocimiento equivocado de la realidad. Estamos ante un concepto filosófico de naturaleza gnoseológica que se mueve en el terreno del saber y ello excluye la posibilidad de la ignorancia o ausencia total de conocimiento: el que ignora no conoce nada del fenómeno y es imposible que el que nada sabe se equivoque. La conducta ignorante caería bajo el análisis de la impericia y sería sancionable conforme hemos precisado anteriormente.

El error es dable en aquellas prácticas donde se exige la precisión y se produce aún cuando se observan rigurosamente las normas que la mayor prudencia aconseja. *Puede definirse el error médico como una equivocación donde no puede hallarse malicia, negligencia, imprudencia o desprecio, ni impericia o ignorancia* y cuando se ha realizado todo lo que está al alcance del profesional y con el fin de la prestación de un servicio médico adecuado de acuerdo con los conocimientos actuales de la ciencia médica. Puede afirmarse como lógica conclusión que el error médico no es una modalidad de culpa.

Al valorar una conducta médica hasta llegar al error médico, es necesario que primeramente se vayan descartando las modalidades de culpa y luego por decantación aparecerá este como *causal de inculpabilidad del profesional*.

Desde el punto de vista estrictamente médico, el error es todo acto médico de tipo profiláctico, diagnóstico o terapéutico que no se corresponde con el verdadero problema de salud del paciente.

El anterior es un concepto relativamente nuevo para la ciencia médica, y en algunos textos de Ética Médica se hace una diferenciación entre error no previsible ni atribuible al médico y error previsible y atribuible al facultativo, clasificaciones entendibles si recordamos que esos textos exclusivos de

Medicina desconocen la teoría de la culpa que desde el punto de vista penal es aplicable al estudio de las conductas médicas.

Las causas del error médico suelen ser muy diversas y dentro de las más comunes se derivan las relacionadas con el propio problema de salud que en el caso de una enfermedad inciden fundamentalmente en la complejidad del diagnóstico, como son las manifestaciones atípicas y las enfermedades raras; agotamiento mental del médico; rasgos de su persona que lo llevan a la duda excesiva; las causas relacionadas con las condiciones de trabajo; así como el exceso de pacientes por cada profesional médico.

Hace más de cincuenta años cuando los cirujanos asistían a la muerte de un operado sentían perfectamente tranquila su conciencia. El desconocimiento de infecciones y septicemia de un lado y de otro el poco desarrollo de la ciencia médica, lo llevaban a asumir este suceso como una fatalidad. Hoy, superados esos problemas y existiendo un conocimiento científico sobre las causas de la muerte, es inevitable pensar si el profesional pudo haber sido más hábil, haber puesto mayor empeño o haber dominado mejor las técnicas médicas.

Aún cuando muchos autores plantean que es estéril cualquier intento de diferenciar los errores de las equivocaciones o descuidos y que el médico siempre responde de los daños provocados, nosotros creemos que es inútil realizar un juicio de culpabilidad con el presupuesto sólo de lo antijurídica y

olvidar el elemento intencional sería ignorar la ligazón psicológica entre la conducta y el resultado.

Un análisis normativista hace que el error médico se sancione pero esto es jurídicamente contraproducente: no siempre que se perjudique al paciente deberá haber sanción, siendo ineludible entrar a valorar el complicado problema subjetivo de la culpa y del error.

La responsabilidad profesional del médico se nos presenta aún más compleja si tenemos en cuenta que al tratar a un enfermo tiene ante sí a una individualidad biopsico-social única que matiza la patología presentada.

Existen muchos tipos de errores que puede protagonizar un experto del arte de curar y entre los que debemos mencionar figuran:

Errores de diagnóstico: se suceden cuando al médico le es difícil diagnosticar porque el cuadro clínico del paciente no se corresponde con el padecimiento.

Por ejemplo, un paciente que acude al hospital con un fuerte dolor abdominal acompañado de fiebre y náuseas y el examen complementario revela un síndrome agudo de tipo apendicular y en su lugar existe adenitis mesentérica.

Esta sintomatología aunque se discutió con el colectivo de especialistas, es muy difícil de diagnosticar con seguridad.

El realizar una intervención quirúrgica innecesaria porque no es posible determinar con exactitud el diagnóstico.

El empleo de métodos diagnóstico sumamente riesgoso siempre que exista el consentimiento del paciente.

La aplicación de los llamados tratamientos agresivos, de vida o muerte, siempre que en el peligro haya racionalidad y no exista otra posibilidad.

Nunca serán errores médicos:

La falta de asepsia.

Los accidentes que se presentaran por un mal empleo de la anestesia clorofórmica.

Las equivocaciones en las recetas como consecuencia de la falta de conocimientos farmacológicos.

El incumplimiento de las normas técnicas del acto quirúrgico.

La demora en la atención.

Los errores de prescripción que ocasionan la intoxicación del enfermo, si se comprueba que la falta es resultado de la distracción o el descuido.

El ensayo en enfermos de medios o medicamentos que no se hayan experimentado anteriormente con amplitud.

Si creyéramos que al error médico se le puede aplicar la clásica teoría del error en Derecho Penal que hace la diferenciación entre el error de hecho y de derecho y sub clasifica al primero en error esencial vencible y error esencial invencible o inexcusable, ubicaríamos al error médico dentro del error inexcusable, pues es sabido que el médico no puede vencerlo haciendo todo lo que está obligado a hacer en el caso concreto. Sin embargo, no es posible aplicar la teoría del error invencible, la cual se reserva para las eximentes de la responsabilidad penal.

Un análisis de la jurisprudencia argentina nos ayudó a visualizar algunos principios válidos en materia de error médico, que en alguna medida ayudan a resolver la controversia sobre el tipo de error que genera la culpa médica que ha existido desde la Revolución Francesa: entonces sólo en los casos de error gravísimo o dolo se consideraba al médico culpable, pero hoy se ha ampliado

lo que antes fue error grosero a partir, sobre todo, de la tendencia de la jurisprudencia norteamericana que innegablemente ha influenciado a otra. De todas formas, lo indiscutible es que el error médico no genera responsabilidad, a no ser en casos de lo que se conoce como error grosero (aunque hoy se consideren como tales conductas que antes no lo eran).

Volviendo a lo aportado por la jurisprudencia argentina, apuntamos: el error de diagnóstico no basta para generar responsabilidad si no existe culpa o negligencia del galeno y la equivocación diagnóstica de los médicos sólo es penalmente injustificable si se asienta en error grosero y es el paciente quien acreditará la culpa que se le imputa al médico, demostrando la existencia de los ya aludidos errores graves en el diagnóstico.

2.3.2. La iatrogenia.

Aunque mundialmente así se conoce a este supuesto de inculpabilidad, está mal llamado cuando se utiliza el vocablo iatrogenia con la connotación relativa a la producción de un daño. Los médicos están adiestrados, capacitados para hacer iatrogenia, porque ese es un vocablo griego que significa producir, promover, desarrollar, engendrar, lograr salud iatrogenia es un término compuesto por “yatro”, forma prefija del griego “latrós”, médico y “Guennân”, del griego producir. Se define iatrogenia como todo tipo de efecto negativo que el médico en el ejercicio de su profesión puede determinar sobre su paciente.

Correa – Iturraspe y Bonnet opinan que este término no es suficientemente explícito puesto que sólo indica “producción por el médico” de algo que no anuncia siquiera si es bueno o es malo. Lo correcto es decir iatropatogenia que es una situación donde hay un daño porque ha mediado la actuación profesional de un médico pero que no genera responsabilidad porque adoptó todas las previsiones del caso: aplicó el deber general de prudencia y diligencia; aplicó, como lo haría el común de sus colegas, conforme a las condiciones de tiempo, modo y lugar, su ciencia, su arte, oficio y experiencia,

pero la particular manera de ese enfermo – ya sea su hábito constitucional, su sistema inmunológico, su forma de reacción, o cualquier factor desconocido pero evidentemente existencial, o sea, idiopático – hizo que reaccionara con una patología pese a todos los recaudos y previsiones que se tomaron.

Estamos ante un caso de la iatrogenia y no genera responsabilidad médica y que consiste, en sentido estricto, en un daño causado por el médico, con el fin de curar y previo diagnóstico, involuntariamente y excluyéndose los casos en que la acción médica estuvo matizada por un actuar culposo.

Esta circunstancia de exoneración de responsabilidad encuentra su fundamento en el alto nivel de exigencia moral del quehacer médico que unido al veloz avance de la medicina en el terreno de los medios auxiliares de diagnóstico y en las medidas terapéuticas, determina el surgimiento de complicaciones y ocasionalmente, la muerte del paciente.

El concepto médico – legal de la iatrogenia, como factor o causal de inculpabilidad carece de raigambre definitiva en el ámbito jurídico. Muchas veces se le considera como sinónimo de “culpa médica” o de “mala praxis”, cuando debe reservársele a los casos en que pese a haber actuado con atención, cuidado y conforme a las circunstancias del caso, la prestación asistencial causó daño.

La aceptación de la razonable falibilidad de la ciencia médica no permite tolerar que la enfermedad iatrogénica se transforme, por extensión abusiva de su sentido, en un eufemismo encubridor de transgresiones éticas o legales del médico, como los siguientes ejemplos que son de auténtica responsabilidad para el profesional: errores de dosis, empleo de vías de administración equivocadas, excesiva exposición a radiaciones ionizantes, utilización de productos tóxicos originados por una inadecuada adición de medicamentos, entre muchos otros comportamientos.

La falta de organización profesional facilita la iatrogenia y se aprecia en los especialistas que por necesidades económicas trabajan en Instituciones que los obligan a atender a los pacientes apresuradamente, con horario limitado, sin tiempo para realizar un examen clínico adecuado, con limitaciones en la prescripción y con pocas oportunidades para operar a sus pacientes en un futuro inmediato pero que en los casos de urgencias los obligan a ejecutar procedimientos sin suministrarle la infraestructura y los demás elementos deseables para llevar a cabo una intervención óptima.

2.4. Figuras penales signadas por la actuación médica: consideraciones técnico-jurídicas.

En el mundo se verifica hoy una tendencia a incluir en los códigos penales como delitos específicos los supuestos de mal praxis abordados anteriormente y en los que, como analizamos, el elemento significativo se nos presenta la actuación imprudente. Así las cosas, un ejemplo que ilustra la aceptación de la mal praxis, en cualquiera de sus acepciones, como un delito en sí mismo (y según lo concebido por Códigos actuales) pudiera ser el siguiente:

“Al que, con infracción de los reglamentos y por mera imprudencia o negligencia, o impericia, ejecutare un hecho o incurriere en una omisión que, a mediar malicia, constituiría un crimen o un simple delito contra las personas, se sanciona...”

El tema de los injustos penales relacionados con el hacer médico dañoso, hoy nos coloca frente a la “posibilidad- necesidad” de reconocer nuevos comportamientos típicos. El consenso en tal sentido, parece encontrarse en la creación del tipo penal específico en el que se obvia o ignora el consentimiento informado del paciente o en su caso el de sus familiares o tutores legales.

2.4.1. El consentimiento informado.

Este está concebido como un derecho personalísimo del paciente, que debe ser prestado antes del acto médico y que puede ser revocado sin expresión de causa. De esa decisión parten dos obligaciones del médico: por un lado la negativa (obligación de abstención) y del otro lado la positiva (llevar a cabo la prestación médica). El consentimiento se presta en la mayoría de casos en forma oral, aunque se tiende a documentarlo por escrito.

Dadas las condiciones actuales de la relación médico-paciente, el consentimiento se presenta en un elemento esencial. Estamos frente a una institución importada del Derecho, y que conlleva a la formación del contrato de servicios. Es importante tomar en consideración que el deber de informar cubre sólo las consecuencias y riesgos razonablemente previsibles, mas no los excepcionales.

La información sanitaria involucra no solamente los hechos previos a la intervención o tratamiento, sino también que el paciente esté siempre al tanto del estado de su salud. Ello incluye un informe de alta al finalizar su estancia en la institución o establecimiento médico. Se le debe informar al paciente sobre todo aquello que pueda influir en su decisión: medios a utilizarse, diagnóstico, pronóstico, otras posibilidades terapéuticas existentes y sus riesgos, e incluso si sería más conveniente recurrir a otro centro o institución médica.

El contar con toda esta información posibilita al paciente el adoptar la decisión que considere más adecuada o asumir los riesgos implicados. Como puede apreciarse, la información debe ser de tracto sucesivo o de ejecución continuada, dada su prolongación en el tiempo.

Se entiende que debe ser el propio paciente quien, conscientemente, preste su consentimiento. Sin embargo, en caso este se halle inconsciente o esté en peligro su vida en caso de demora de la decisión, el médico podrá actuar sin consentimiento. Muchos autores consideran que en este caso estaríamos ante

un estado de necesidad. Consideramos que la presencia de este estado de necesidad no elimina de por sí el deber de informar, sino que más bien retrasa el momento en que éste debe ponerse en práctica al instante inmediato posterior a la intervención.

Debe considerarse que el médico debe utilizar la psicología a efectos de aminorar el impacto que la información puede causar en el paciente.

Supongamos el caso de un enfermo terminal al que se le proporciona toda la información: ello puede afectarlo anímicamente, siendo tal vez aconsejable proporcionarle un tipo de información que pueda soportar. Es necesario acotar que ésta es una consideración absolutamente cultural, y que por tanto varía entre cada sociedad. Así, si ello sería aceptable para los tribunales de nuestro contexto, no lo sería para aquellos de los Estados Unidos, que exigen que la información sea total y por tanto cruda. Sin dudas, estamos ante un tema de carácter ético antes que legal.

Ciertamente, si el médico en estos casos brindará toda la información estaría mejor cubierto frente a la probable demanda posterior por mala praxis. Ello incluso reduciría los costos de transacción al aplicar el análisis económico del costo-beneficio. En el caso contrario, el temor a esa posibilidad, haría que se recurra a exámenes médicos adicionales, lo que aumentaría los costos de transacción. Sobre este punto regresaremos más adelante.

Salta a la vista, pues, que el consentimiento informado no es manejado de igual manera en todos los países, a pesar de que existen acuerdos y declaraciones internacionales que rigen el comportamiento de este principio de la Bioética.

La Asociación Americana de Hospitales presenta una Declaración de Derechos del Paciente para contribuir a una mejor atención planteando en su artículo 3: *“... que el paciente tiene derecho a que el médico le comunique todo lo necesario para que pueda dar previamente consentimiento informado a la*

aplicación de cualquier procedimiento o tratamiento”, así que con excepción de las urgencias, el enfermo tendrá derecho de aceptar o rechazar el tratamiento en la medida que lo permita la Ley.

En Argentina, por ejemplo, queda regulado que se debe explicar a la persona lo referente a su estado de salud, tratamiento aconsejable, desventajas del mismo; siendo esta información adaptada a las condiciones del mismo y conforme a sus posibilidades.

En Francia, se oculta la información cuando el pronóstico es grave y puede ser legítimamente disimulado al paciente y algo similar sucede.

En España, donde, aunque no deformando la realidad, se puede atenuar la totalidad de esta cuando el paciente no está en la condición de aceptarla desde el punto de vista psíquico o físico o de conocer la gravedad de su estado la situación puede empeorarlo.

Por su parte, Gran Bretaña, que cuenta con una Declaración de Derechos del Enfermo Psíquico, ha hecho extensiva la observancia de tal principio, asumiendo que los pacientes tienen derecho a saber qué tipo de medicamento se les está suministrando para su patología psíquica y cuáles son sus aspectos secundarios, así como el derecho a elegir si quieren participar en una investigación científica, clínica o en una clase de medicina.

En América Latina y el Caribe, así como en estados de los Estados Unidos, este principio de la Bioética se comporta de manera distinta según la concepción ética de la medicina y el paciente de que se trate, no condicionando pautas para ello.

En Costa Rica, según la Ley General de Salud, nadie puede ser sometido a un tratamiento quirúrgico o medicamentoso que implique graves riesgos para su integridad física, salud o vida sin su consentimiento previo o el de su

representante legal, así como ninguna persona puede ser sometida a experimentaciones o técnicas sin ser debidamente informado.

Dentro de los principios de la Ética Médica se hace referencia a que antes de aplicar cualquier medida diagnóstica o terapéutica que pueda significar un alto riesgo para el paciente debe obtenerse su consentimiento o el de sus familiares, excepto en los casos de fuerza mayor.

Aunque la posibilidad de que el paciente pueda o no intervenir en la toma de decisiones médicas han sido objeto de debate en los últimos años en diferentes países, lo cierto es que el consentimiento de este ha de ser absolutamente esencial en cualquier situación y el profesional debe ser cuidadoso de que se le brinde de forma completa, libre de prejuicios y adecuada a sus condiciones humanas. Quisiéramos acotar que aunque de forma tácita, el Código Internacional de Ética Médica (1949) consagra tal principio.

2.4.2. Consideraciones finales del capítulo.

Como hemos valorado, no todos los supuestos fácticos en los que es comprobable algún tipo de daño - fuere físico o moral - son suficientes para declarar responsabilidad penal del galeno; de modo, que el abandono de la *lex artis*, por constatación de cualquier presupuesto culposos, determina o configura, en primer lugar, responsabilidad civil, sobre todo cuando el vínculo médico – paciente es privado o amparado en el Derecho Civil, y la declaración de la obligación de responder vía penal se nos presenta de forma residual y encontrando configuración típica en las figuras penales ancestralmente conocidas - léase homicidio simple y cualificado y lesiones, principalmente - que hoy resultan insuficientes o desbordadas por las actuaciones médicas que cada vez son más complejas, multidisciplinarias y realizadas no individualmente, si no por equipos profesionales múltiples.

Con relación a las acciones u omisiones culposas penalmente relevantes, su asimilación teórico-legislativa en las diferentes codificaciones latinoamericanas y europeas ha sido dispar: existen leyes penales que su parte especial- o consignadora de delitos específicos - prevén tipos o figuras que no son más que el desglose de las circunstancias configurativas de la conocida mal praxis (negligencia, impericia, imprudencia e inobservancia de reglamentos).

Otros cuerpos legales, en su parte general consignan a modo de reglas de adecuación la culpabilidad imprudente, la que se tomará como referente en aquellos injustos penales que toleren la imprudencia. Siendo así, al galeno que abandonase las reglas médicas del buen hacer causando menoscabo físico se le remite, generalmente, a los artículos penales que protegen la vida y la integridad física.

Otro caso sería que el especialista aprovechando sus conocimientos, dolosamente produjera tales resultados delictivos, lo cual significaría que los momentos intelectual ("saber") y volitivo ("querer") de la actuación intencional, aportan criterios más estrictos de la peligrosidad social, valorada en términos de mayor impacto dañoso en el mundo de las relaciones sociales.

Según las circunstancias dolosas anteriores, la agravación de la responsabilidad penal vendría por los cauces de las circunstancias modificativas de la responsabilidad penal, específicamente por las llamadas condiciones o circunstancias agravantes que en algunos Códigos se reconocen desde el sistema *numerus clausus* y en otros como *numerus apertus*, así como que unos sistemas legales permiten reajustes cuantitativos de los marcos penales, sea discrecional u obligatoria la apreciación por los jueces, y en otros dichas circunstancias son pautas cualitativas que sirven de fundamento judicial para la individualización de la sanción, a partir de la íntima convicción y la sana crítica de los jueces.

Oportuno es señalar que lo antes apuntado no debe significar violación alguna del principio penal *non bis in idem*: no puede apreciarse el mismo elemento como rasgo constitutivo de la acción u omisión típicas y como supuesto de agravación.

CONCLUSIONES

- ✓ La responsabilidad penal derivada de la actuación médica culpable es una institución con orígenes histórico – filosóficos muy remotos, pero sólo desde el siglo pasado es que se comienzan a construir sus fundamentos técnico – jurídicos.
- ✓ La responsabilidad penal del médico se deriva exclusivamente de los supuestos que conforman la llamada *mala praxis*: imprudencia, negligencia e impericia (aunque algunos autores incluyen también la inobservancia de los reglamentos).
- ✓ Los supuestos derivados de la iatrogenia y el error médico nunca suscitarían responsabilidad penal para el profesional de la medicina.
- ✓ Los elementos que constituyen o vertebran la responsabilidad médica, y comprobables todos en el caso concreto, son: la obligación preexistente, la falta médica, el daño o perjuicio causado y la causalidad entre estos últimos.
- ✓ El tratamiento jurídico - penal de las conductas médicas que suscitan responsabilidad penal transita desde la incorporación expresa de supuestos de mala praxis como delitos culposos, según otros como cuasidelitos, hasta el reconocimiento de nuevos tipos penales como el de obrar sin previo consentimiento informado.

RECOMENDACIONES

- ✓ Propiciar la superación de los operadores del Derecho, así como de los profesionales de la salud, con relación a la responsabilidad derivada de la actuación médica, desde la diferenciación de los supuestos de mala praxis y del error médico y la iatropatogenia.
- ✓ Continuar estudios sobre nuevas conductas antijurídicas que se puedan derivar de la actuación médica, con el objetivo de contribuir técnica y doctrinalmente a la correcta tipificación penal de estas.

BIBLIOGRAFÍA

ÁLVAREZ DE LA CAMPA GONZÁLEZ, Gonzalo A: *Enfoque médico legal de los problemas iatrogénicos: estudios sobre el particular durante el lapso 1970-1979 en la provincia de Pinar del Río*. Trabajo de Diploma dirigido por Dr. Carlos Suárez del Fresno, Cuba, 1981.

ARAGÓN FONTANALS, Elizabeth; SANTANA GONZÁLEZ, Gladis: *Los derechos de la persona en el Derecho Penal*, Trabajo de diploma dirigido por la profesora Gisela Pérez Fuentes, Universidad de La Habana, 1994.

CLEMENTZ, Juan Carlos: *Revista trimestral de cuestiones de actualidad*. Vol. IX No 35, 3 Edición, 1998, Editorial Grupo de investigación de Bioética de Galicia (GIB), España.

Colectivo de autores. *“Bioética desde una perspectiva cubana”*.

Colectivo de autores. “Medicina Legal”, Editorial Ciencias Médicas y Pueblo y Educación.

COLECTIVO DE AUTORES. *Lecciones de Filosofía Marxista -Leninista*. T- II. Editorial Félix Varela. La Habana, 2005.

Colectivo de autores: *“Principios básicos de la Bioética”*, Revista Cubana de Enfermería, Vol. 12, No.1, Editorial Ciencias Médicas, enero-junio, 1996.

Colectivo de autores: *“La mala práctica médica a través de fallos judiciales: análisis de la casuística del cuerpo médico forense”*, Revista de Medicina Forense No 1, Editorial APAmérica de Publicación, SA, Buenos Aires, Argentina, 1996

DÍAZ ARAGÓN, Ivis Leydis; González Lanier, Mayté : *El daño moral*, Trabajo de Diploma dirigido por la profesora Gisela María Pérez Fuentes. Cuba, 1993.

Diccionario Espasa Jurídico; Editorial Espasa Calpe, S.A. Madrid.1999.

DÍEZ- PICAZO, Luis; GULLÓN Antonio. *Sistema de Derecho Civil*,7ma edición, Editorial Tecnos S.A., 1989.

DOBLER LÓPEZ, Irving F., *La responsabilidad en el ejercicio médico*, Editorial El Manual Moderno, México, 1999.

FERNÁNDEZ BULTÉ, Julio: *Manual de Derecho Romano*, Empresa Especialidades Gráficas, 2002.

FERNÁNDEZ BULTÉ, Julio, *Teoría del Estado y el Derecho. Teoría del Derecho*, Editorial Félix Varela, La Habana, 2004.

FLORÍAN, Eugenio. *De los hechos punibles y de las penas en general*; Editorial Imprenta "El siglo XX" ,1919.

GARCÍA COTARELO: *Teoría del Estado y Sistemas Políticos*, T-I.(Libro fusilado).

GISBERT CALABUIG, Juan Antonio: *Medicina Legal y Toxicología*. 2da edición, 1983.

GONZÁLEZ LLORENS, Dermis, MÉNDEZ AMADOR, Juan Marcos NÚÑEZ: *La imprudencia penal ante las negligencias médicas*, dirigida por el profesor Mario Sanler Castillo, Cuba, 1991.

JIMÉNEZ ORANTES, Montse: *Legislación sobre Derecho Sanitario. Introducción al Derecho*, Editorial JIM, SA; Barcelona, España. 1993

MOSSET ITURRASPE, Jorge: *Responsabilidad civil del médico. Seguros y responsabilidad civil*, 1ª Reimpresión, Editorial ASTREA, Buenos Aires, 1985.

PARETS GÓMEZ, J.: *La responsabilidad penal del médico*. Folleto de consulta para especialistas y residentes en medicina legal.

PONCE ZEQUERA, Francisco; ABELEDO CONCEPCIÓN, Maida: *Medicina Legal y Ética Médica*.

QUIROZ CUARON, Alfonso: *Medicina Forense*. Editorial Porrúa, IX Edición. España, 1999.

VALDÉS DÍAZ, Caridad, PÉREZ GALLARDO, Leonardo; "Panel sobre la responsabilidad civil del médico", Universidad de La Habana.

VALDÉS DÍAZ, Caridad, *et al.*: *Derecho Civil. Parte General*, Editorial Félix Varela, La Habana, 2002.

Vargas Alvarado, Eduardo: *Medicina Legal y Deontología Médica*. I Edición, Editorial Trillas, 1991.

BIBLIOGRAFÍA CONSULTADA EN INTERNET.

Bacigalupo, Gladis, ECHEVARRÍA, Claudia; GIORDANO, Fernando: *“Responsabilidad Médica y responsabilidad del médico auditor”*

BADENAS, Juan Manuel: *“El arbitraje como alternativa a la jurisdicción ordinaria para la solución de conflictos de responsabilidad médica”*.

MOYANO GARCÍA, Ricardo: *“Comunicación, consentimiento del paciente e imprudencia médica”*.

PÉREZ GONZÁLEZ, Ernesto y FERRER MARRERO, Daysi: *“Manual de Prácticas Clínicas para la atención... en la adolescencia”*, Capítulo III, publicado en: <http://bvs.sld.cu>.

LEGISLACIÓN.

Código Penal de la República de Ecuador, Lsn/. R.O – S. 555:24 – Mar – 2009
Editorial Corporación de estudios y publicaciones, Marzo del 2009.

Código Civil de la República de Cuba, Ley No. 59/1987 de 16 de julio,
Divulgación del MINJUS.

Código penal de la República de Cuba, Ley No.62/ 1988 de 30 de abril,
Divulgación del MINJUS.

Instrucción del Consejo de Gobierno del Tribunal Supremo Popular No./ 110
de fecha 9 de julio de 1983.

Ley de Salud Pública de la República de Cuba, Ley No. 41/1983 de 15 de
agosto. VIAMONTES GUILBEAUX, Eulalia, Compendio de Legislación Ambiental, T-
I, Félix Varela, La Habana 1998.

Resolución Ministerial del Ministerio de Salud Pública, No 110 de fecha 9 de
julio de 1997.